



المجلد الثالث والعشرون

قسم الضوابط الفقهية



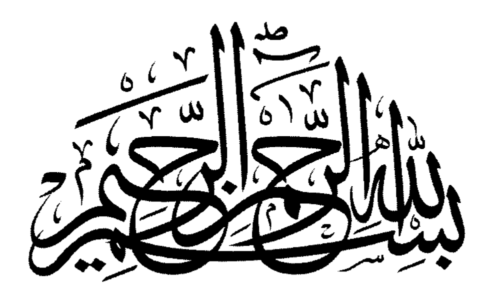


طبع على نفقة
مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان
للأعمال الخيرية والإنسانية
ص.ب: 41355 - أبوظبي - دولة الإمارات العربية المتحدة
هاتف: 6577577 - 02 فاكس: 6577572 - 02
www.zayed.org.ae

الطبعة الأولى
1434هـ - 2013م

التنفيذ الطباعي: المجموعة الطباعية www.printingroup.com
التجليد الفني: البساط الجديدة للتجليد وتصنيع الكتاب info@newbsat.com


معلمة زايد
للقواعد الفقهية والأصولية


بسم الله الرحمن الرحيم

ضوابط أبواب الإطلاقات والتقييدات والتوثيقات والضمان

- ضوابط باب الوكالة
- ضوابط باب الحجر
- ضوابط باب الرهن
- ضوابط باب الكفالة
- ضوابط باب الغصب

ضوابط أبواب فقه الأسرة (يتبع)

- ضوابط باب النكاح
- ضوابط باب الطلاق
- ضوابط باب الخلع
- ضوابط باب اللعان
- ضوابط باب الظهار
- ضوابط باب العدة
- ضوابط باب الرضاع
- ضوابط باب النفقات
- ضوابط باب النسب

ضوابط أبواب الإطلاقات والتقييدات والتوثيقات والضمان

ضوابط باب الوكالة



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٥٥

نص الضابط: مَبْنَى التَّوْكِيلِ عَلَى التَّوْسِعَةِ[1].

صيغ أخرى للضابط:

١- مبنى التوكيل على الفسحة والمسامحة[2].

٢- التوكيل مبني على التوسع[3].

٣- مبنى الوكالة على التوسع[4].

٤- الوكالة عقد إرفاق ومعونة[5].

صيغ ذات علاقة:

١- الأصل أن الجهالة اليسيرة تُتحمل في الوكالة[6]. (أخص).

---

(١) الهداية للمرغيناني ٨/٣٠.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢٣.

(٣) المبسوط للسرخسي ١٩/١٢١.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٩/٥٣، تكملة فتح القدير المسمى بنتائج الأفكار لقاضي زاده ٨/٢٩، وانظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٥٨٤، البحر الرائق لابن نجيم ٧/٥٣.

(٥) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للخطيب الشربيني ٣/٢٥٤.

(٦) اللباب في شرح الكتاب للغنيمي ٢/٣٧ وانظر: عمدة الناظر لأبي السعود ٢/٤١٨، تنوير الأذهان والضمائر لجَلَب الرومي ١/١٨٧/أ، فتاوى قاضيخان ٣/٣، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

٢- الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة[١]. (أخص).

٣- تعليق الوكالة بالشرط جائز[٢]. (أخص).

٤- الوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط[٣]. (أخص).

٥- الوكيل وكالة عامة يملك كل شيء[٤]. (أخص).

٦- يجوز التوكيل في تحصيل المباحات[٥]. (أخص).

شرح الضابط :

(التوكيل): تفويض التصرف إلى الغير، وسُمي الوكيل وكيلا؛ لأنَّ موكِّله قد فوض إليه القيام بأمره[٦]، و(الوكالة) في الاصطلاح: استنابة جائز التصرف مثلَه فيما تدخله النيابة من حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين[٧].

و(التوسعة) في اللغة: مصدر وسَّع الشيء أي جعله واسعًا، وهي ضد التضييق، ووسَّع الله عليه في الرزق أغناه[٨].

وهذا الضابط من أهم الضوابط الكاشفة عن صفة الوكالة، فهو يقرر أن باب الوكالة واسع، شأنه شأن كافة العقود الجائزة، فالسهولة واليسر والرفق والمسامحة تجري في جميع جوانبها وكافة مراحلها، من لحظة إنشاء العقد،

---

(١) العناية ٢٤٨/٩، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية، وانظر الضابط: «الوكالة تحتمل التعليق والإضافة» في قسم الضوابط الفقهية.

(٢) بدائع الصنائع ٣٨/٦.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة ٢٤٧/٥ وانظر: الذخيرة للقرافي ١٥/٨.

(٤) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٢٦/٣، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٥) الشرح الكبير لابن قدامة ٢٠٥/٥.

(٦) انظر: لسان العرب، النهاية لابن الأثير (وكل).

(٧) انظر: كشاف القناع ٤٦١/٣، الإنصاف ٣٥٣/٥.

(٨) انظر: القاموس: مادة (وسع).

وفي مرحلة تنفيذه، وحتى انتهائه، فتجري في عقد الوكالة من المساهلة والسهولة ما لا تجري في العقود اللازمة المبنية على المشاحَّة عادة.

ومن أهم تفريعات هذا الضابط: أن الأصل في الوكيل الأمانة، فلا يضمن إلا بالتعدي أو التفريط؛ لأنَّ الضمان منافٍ للتوسعة التي هي مبنى الوكالة، وأن الجهالة القليلة في موضوع الوكالة مغتفرة؛ لعدم إفضائها إلى المنازعة عادة، وأن التعليق بالشروط والإضافة إلى الأزمنة سائغ في عقد الوكالة، ثم إن كل واحد من الوكيل والموكِّل يملك فسخ العقد من تلقاء نفسه، مالم يتضمن الفسخ ضررًا يعود على أحد المتعاقدين أو غيرهما ممن له تعلق بالعقد، حيث لا يمكن استدراك الضرر بضمان أو نحوه، إلى غير ذلك من الأمور التي تعد مظهرًا من مظاهر السهولة واليسر(١).

أدلة الضابط:

١- ما ورد عن عروة بن أبي الجعد البارقي، رضي الله عنه: أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، فجاء بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه(٢).

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ وكَّل عروة بشراء شاة فاشترى اثنتين فلم ينكر عليه ﷺ ذلك، بل دعا له بالبركة؛ فدل هذا على أن التوكيل مبني على اليسر والمساهلة.

---

(١) انظر: المبسوط ٥٣/١٩، بدائع الصنائع ٢٣/٦، العناية ٣٠/٨، الفتاوى الهندية ٥٦٧/٣، مغني المحتاج ٤٠٠/٢، ٢٥٤/٣، نهاية المحتاج ١٣١/٥، أسنى المطالب ٢٧٦/٢، ٧٦/٣، تحفة المحتاج ٣٣٠/٤، كشاف القناع ٥٣٨/٣، الإنصاف ٣٥٤/٥، القواعد لابن رجب ص ١١٠.

(٢) رواه البخاري في صحيحه ٢٠٧/٤ (٣٦٤٢).

٢- ما روي أن رسول الله ﷺ بعث حكيم بن حزام يشتري له أضحية بدينار[١].

وجه الدلالة : أن النبي ﷺ لما وكَّل حكيمًا بشراء الأضحية لم يبين له صفتها، فدل على أن أمر الوكالة على السعة[٢].

٣- الوكالة مبنية على التيسير لحاجة الناس إليها، ولو تشدد الشارع فيها لأدى ذلك إلى امتناع الناس عن قبول الوكالات؛ فيؤدي ذلك إلى الحرج، وهو مدفوع[٣].

تطبيقات الضابط :

١- لو وكَّله أن يزوجه فلانة أو فلانة فأيتهما زوجه جاز؛ لأنَّ التوكيل مبني على التوسع[٤].

٢- تجوز الوكالة العامة؛ لأنَّه يُحتاج إليها في بعض الأحوال والظروف، ويغتفر فيها الجهالة الكثيرة[٥]؛ لكونها مبنية على الوسعة.

٣- لا يشترط اتحاد المجلس في الوكالة، فيصح فيها توكيل الغائب (أي غير الموجود في مجلس العقد)، وله القيام بالعمل الموكَّل فيه بمجرد علمه بالتوكيل[٦]، وهذا جارٍ على مقتضى الضابط.

---

(١) رواه أبو داود ٤/١٣٦ (٣٣٧٩)، والترمذي ٣/٥٥٨ (١٢٥٧) واللفظ له، وقال: حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام.

(٢) انظر: نصب الراية للزيلعي ٥/١١١.

(٣) انظر: العناية شرح الهداية ٨/٣٠، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج ٣/٢٥٤.

(٤) انظر: المبسوط ١٩/١٢١.

(٥) انظر: العناية ٦/١٥٧، رد المحتار لابن عابدين ٥/٥٠٩.

(٦) انظر: تكملة فتح القدير ٨/٥٩، تحفة المحتاج ٥/٣٠٦.

٤- يجوز تعليق الوكالة بالشرط، فإذا قال له: إذا جاء غدٌ فأنت وكيلي، فجاء غد فإنه يكون وكيلا[١]؛ لأنَّ مبنى الوكالة على التوسعة.

٥- يجوز للوكيل أن يوكِّل غيره بمطلق الوكالة، في مذهب أحمد بن حنبل وابن أبي ليلى[٢]، وهذا جارٍ على أنَّ مبنى الوكالة على التوسعة.

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/٣٨.

(٢) خلافا لما عند جمهور الفقهاء من عدم جواز توكيل الوكيل غيره بلا إذن من الموكل، وقيل: يجوز له أن يوكل غيره فيما لا يحسنه أو لا يليق به انظر: المسألة بالتفصيل: المبسوط ١٢/١٩، بدائع الصنائع ٢٨/٦، الفروق للكرابيسي ٢/٢٢٧، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٢٣٠، الأم للشافعي ٣/٢٣٧، أسنى المطالب ٢/٢٧٠، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٥/٣٢٤، المغني ٥/٢١٥، الإنصاف للمرداوي ٥/٣٦٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٥٦

نص الضابط: مَبْنَى الوَكَالَةِ عَلَى التَّقْيِيدِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- عقد الوكالة مبناه على التقييد[٢].

٢- الأصل في عقد الوكالة التقييد[٣].

٣- الوكالة تتقيد بالتقييد[٤].

٤- مبنى الوكالة على الخصوص[٥].

٥- الخصوص والتقييد هما أصل في الوكالة[٦].

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٢٧٥.

(٢) العناية للبابرتي ٨/٩٣.

(٣) فتح القدير لابن الهمام ٨/٩٣.

(٤) الفتاوى الهندية لجماعة من علماء الهند ٥/١٩١.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٥٧، وبألفاظ أخر: «الخصوص أصل في الوكالة» بدائع الصنائع ٦/٥٧، «الأصل في الوكالة الخصوص» تبيين الحقائق ٥/٧٥، رد المحتار لابن عابدين ٥/٥٢٥، درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٢/٢٩٠.

(٦) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٥٠٩.

صيغ ذات علاقة :

١- مطلق التوكيل يقتضي الخصوص[1]. (تفرع).

٢- الوكالة يصح تعليقها وإضافتها[2]. (أخص).

٣- الوكالة تقبل التأقيت[3]. (أخص).

٤- الوكالة تتقيد بتقييد الموكِّل[4]. (أخص).

٥- الوكيل لا يتصرف إلا فيما نص له عليه[5]. (أخص).

٦- الوكالة تتقيد بالعرف كما تتقيد بالتقييد صريحًا[6]. (أخص).

٧- مطلق التوكيل يقتضي الحفظ[7]. (تفرع).

شرح الضابط :

الوكالة إنما شُرِعتْ لدفع الحاجة المتحققة إليها؛ إذ ليس في وسع كل إنسان مباشرة أموره الحياتية كلها بنفسه[8]، والغالب أن الشخص لا يقيم غيره مقام نفسه في عمل إلا إذا تعذر عليه مباشرته له بنفسه؛ لمرض أو لسفر أو لقلة

---

(١) الفروق للكرابيسي ٢/٢٢٧.

(٢) انظر: تنوير البصائر للغزي ١/١١٧/ب، وانظره بلفظ: «الوكالة تحتمل التعليق والإضافة » في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) تنوير البصائر للغزي ١/١٠٢/أ وبلفظ آخر: «الوكالة تقبل التخصيص» المبسوط ١٩/١٨.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٩/٧٠.

(٥) المغني لابن قدامة ص ٥٧.

(٦) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٢٨٠ وبألفاظ أخر: «مطلق التوكيل يتقيد بالمتعارف» المبسوط ٢٣/١٣٧ وبلفظ: «ينصرف إلى المتعارف» المبسوط ١٤/١٦٦، «التوكيل الثابت بالعرف في الوكالة كالثابت بالنص» المبسوط ٢٣/١٣٧، «مبنى الوكالة على العُرف عادة وفعلا» بدائع الصنائع ٦/٣١.

(٧) الفروق للكرابيسي ٢/٢٢٦.

(٨) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٧/٤٩٩.

معرفة أو لعدم تفرغ[١]، وقلَّما يلجأ الشخص إلى ذلك ترفُّهًا؛ لذلك كان من طبيعة الوكالة ومن أهم أصولها: أنها عقد مبناه على التقييد والتخصيص، وهذا ما يقرره الضابط الذي بين أيدينا.

مفاد الضابط: أن الوكالة باعتبار الأصل فيما يتعلق بكافة عناصرها وملحقاتها، من جنس ونوع ومقدار وزمان ومكان وشخص، ينبغي أن تكون معلومة علمًا نافيًا للغرر والجهالة التي لا يجري فيها الاغتفار، وما لم ينص عليه في العقد صراحة، أو أتى بصيغة مطلقة أو عامة أو غامضة، ينزل العرف وعادات الناس وقرائن الأحوال في بيانه وتقييده وتخصيصه وتوضيحه منزلة المنصوص عليه فيه، وكل ذلك منوط بالإذن الشرعي.

وهذا الضابط باعتبار مضمونه المذكور يكشف عن عدة أمور ينبغي مراعاتها في أحكام ما يتحقق فيه مناطه من فروع وجزئيات، ومن أبرز هذه الأمور ما يلي:

١ـ إذا أتت الوكالة بحسب صيغة العقد عارية عن التعليق والتقييد والتخصيص فيما يتعلق بموضوع الوكالة ذاته، كأن قال له: (أنت وكيلي أو وكَّلتك)، فللفقهاء في ذلك طرق:

أ ـ يرى بعض المالكية، ورواية في مذهب الحنابلة[٢]، أنها تكون مفوضة في كل شيء، ويمضي من فعل الوكيل ما كان على وجه السداد والنظر؛ إذ الوكيل إنما يتصرف بما فيه الحظ والمصلحة، وأما الذي لا مصلحة في فعله، فإن الوكيل معزول عنه شرعًا، فلا يمضي فعله فيه، إلا أن يقول الموكِّل للوكيل أمضيت ما كان نظرًا وما كان غير نظر، فإن ذلك يمضي، وبهذا قال ابن بشير

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/ ٥٢.

(٢) التاج والإكليل للمواق ٧/ ١٧٤، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ١٩٠.

وتبعه فيه ابن شاس وابن الحاجب، وقَبِلَه ابن عبد السلام وابن هارون[١] من المالكية، وليس للموكِّل رده وتضمينه، ومعنى كونه غير نظر: أي عند الموكِّل وهو في الواقع وعند العقلاء نظر؛ لأنَّه لا يلزم من كونه غير نظر عند الموكِّل أن يكون كذلك عند جميع الناس، فهو بمنزلة من اجتهد فأخطأ، وليس المراد به السفه؛ لأنَّه لا يصح التوكيل فيه؛ لأنَّه معصية[٢].

ب ـ يرى بعض الفقهاء كالحنفية و بعض الزيدية أن مطلق التوكيل يقتضي الحفظ، وليس بوكيل له في التقاضي والبيع والشراء[٣]، فالعقد بذلك المعنى لا يصح في هذه الأمور على أنه وكالة بالتصرف؛ لعظم الجهالة حيث يتعذر الامتثال، ومبنى الوكالة على الامتثال[٤]، ولكن يوصف العقد بأنه توكيل بالحفظ استحسانًا[٥]؛ لأنَّ هذا القدر متيقن به، وهو أدنى تصرفات الوكيل[٦]؛ لأنَّ المال محفوظ عن كل مالك، فإذا أطلق المال عند ذكر التوكيل علمنا أن مراد الموكِّل الحفظ؛ وعليه لو وكَّل شخص آخر بكل قليل وكثير في ماله، وكذلك لو وكَّله بالخصومة في كل ميراث له، فالتوكيل في ذلك ينصرف إلى الحفظ[٧].

ج ـ يرى بعض الفقهاء كالشافعية، والمنصوص عليه في مذهب الحنابلة، وبعض المالكية، وقول للزيدية والإباضية[٨]: أنها لا تصح؛ لما في ذلك من

(١) ومقتضى المذهب منع التوكيل على غير وجه. انظر: التاج والإكليل ١٧٦/٧.
(٢) انظر: شرح الخرشي ٧١/٦، ٧٢، الفواكه الدواني للنفراوي ٢٣٠/٢.
(٣) انظر: الفروق للكرابيسي ٢٢٦/٢.
(٤) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٥٦/٦، ٥٧.
(٥) أما من جهة القياس، فالتوكيل باطل في هذه الصورة؛ لأن موضوع الوكالة مجهول جهالة مستديمة له، والوكيل يعجز عن تحصيل مقصود الموكل، والمقرر شرعًا: أن كل عقد قعد عن تحصيل مقصوده يبطل. انظر: المبسوط ١٦٧/١٤.
(٦) انظر: العناية للبابرتي ٤٩٩/٧.
(٧) انظر: المبسوط ١٦٧/١٤.
(٨) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٣٩/٣، المغني لابن قدامة ٥٤/٥، الفروع لابن مفلح ٣٦٥/٤، التاج والإكليل ١٧٤/٧، البحر الزخار ٣٠٤/٤، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٥٨٩/٩.

الغرر العظيم والخطر الكبير؛ فيعظم الضرر[١]، ولأن التوكيل عقد، والأصل فيه أن يكون عن عدم جهل[٢].

٢ـ إذا أتت الوكالة معلقة بشرط فيما يتعلق بذات العقد، يلزم اعتبار هذا الشرط لترتب آثار الوكالة في حق الموكِّل[٣]، كأن قال شخص لآخر: (وكَّلتك على أن تبيع فرسي هذا إذا جاء فلان التاجر)، وقَبِلَ الآخر، تنعقد الوكالة معلقة بمجيء التاجر إلى هناك؛ لأنَّه يلزم ثبوت الشيء المعلق عند ثبوت الشرط، وإذا لم يأتِ التاجر إلى هناك فليس للوكيل بيع ذلك المال؛ لأن التعليق يمنع المعلق أن يكون سببًا للحكم[٤].

٣ـ إذا أتى عقد الوكالة مضافًا إلى وقت معين: كما لو رهن المدين عند دائنه مالا وسلمه إياه، وقال له: (إذا لم أؤدِّ الدين إلى الوقت الفلاني بع الرهن واستوفِ دينك منه) ووكَّل دائنه، فلو باع الدائن الرهن قبل حلول ذلك الوقت فلا يكون صحيحًا؛ لأنَّ الوكالة من العقود القابلة للإضافة[٥].

ويجدر التنبيه إلى أنه يوجد فرق بين تعليق الوكالة وإضافتها، وحاصله: أن الوكالة في الإضافة، وإن انعقدت في الحال فلا يثبت حكمها في الحال، أما الوكالة في التعليق فلا تثبت ولا تنعقد؛ لأنَّ الإيجاب المضاف يكون سببًا في انعقاد المسبب في الحال وتأخر موجبه إلى الوقت المضاف إليه، بخلاف الإيجاب المعلق فالتعليق الذي فيه مانع لصيرورته سببًا لحكم في الحال[٦].

---

(١) انظر: المغني ٥/٥٥.

(٢) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٥٨٩/٩ .

(٣) خلافاً لما ذكره بعض الفقهاء كالشافعية: أن تعليق الوكالة بشرط لا يصح. انظر: مغني المحتاج ٢٤١/٣.

(٤) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٥٠٧/٣، المغني ٥/٥٤ وفيه: «يجوز تعليق الوكالة على شرط».

(٥) خلافًا لما ذكره بعض الفقهاء كالشافعية: أن إضافة الوكالة فيما يتعلق بذات العقد إلى وقت لا يصح مغني المحتاج ٢٤١/٣.

(٦) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٥٠٧/٣.

٤ ـ إذا أتت الوكالة فيما يتعلق بموضوعها مقيدة بقيد مفيد بجنس أو نوع أو مقدار أو شخص؛ صح ذلك، وحصل التقييد به، سواء كان ذلك التعيين عند إنشاء العقد أو بعده؛ لأنَّ البيان في الانتهاء بمنزلة التعيين في الابتداء[١]، ويلزم الوكيل مراعاة القيد المنصوص عليه، ولا يحل له تعدي ما أمره به موكِّله، فإن فعل لم ينفذ فعله في حق الموكِّل، وإن أضرَّه بذلك ضمن؛ لأنَّ الوكالة قابلة للتقييد والتخصيص[٢]، وأن مخصصات الموكِّل متعينة معتبرة[٣]، سواء ظهر للوكيل غرض الموكِّل من التقييد أو لم يظهر؛ إذ الوكالة مستفادة من جهة الموكِّل؛ فيلزم مراعاة قيده وتخصيصه؛ لأنَّ الموكِّل قطع نظر الوكيل بهذا التعيين[٤]، ما لم تقم قرينة على أن التعيين لم يتعلق به غرض للموكِّل سوى قصد التأكيد على النظر له بالأصلح، فأينما كان المصلحة الراجحة كان الإذن للوكيل بالتصرف ثابتًا[٥].

٥ـ إذا أتت الوكالة خالية من البيان فيما يتعلق ببعض عناصر موضوعها: كأن يقول شخص لآخر: وكَّلتك في بيع كذا أو شرائه، وسمَّاه دون بيان لبعض أوصافه، فالعقد صحيح؛ لأنَّ الوكالة مبناها على الإرفاق وباعثها الحاجة والعوز، وهذا يقتضي المسامحة في بعض متعلقاتها، فيكفي أن يكون موضوعها معلومًا من وجه يقل معه الغرر[٦]، وما أُغْفِل بيانه في صلب العقد يرجع فيه إلى الأعراف الجارية ودلالات الأحوال[٧]، فما خُصِّص بذلك أو قُيِّد به لا يجوز

(١) انظر: المبسوط ٧/ ٨٥.
(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣/ ٥٠٧.
(٣) انظر: التاج والإكليل ٧/ ١٨٣، الفروع لابن مفلح ٤/ ٢٤٣ وفيه: «المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة».
(٤) انظر: المغني ٥/ ٥٧، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/ ١٩٠.
(٥) انظر: التاج والإكليل للمواق ٧/ ١٧٦، مغني المحتاج ٣/ ٢٥٠، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢/ ٤٣٢.
(٦) انظر: مغني المحتاج ٣/ ٢٣٩.
(٧) انظر: التاج والإكليل للمواق ٧/ ١٧٤ وفيه: «شرط صحة الوكالة علم متعلقها خاصًا أو عامًّا بلفظ أو=

للوكيل تجاوزه، كما هو منصوص عليه في الصيغ ذات العلاقة[١]؛ وعلى ذلك لو قال شخص لآخر: (وكَّلتك على بيع دوابي)، وكان العُرف يقتضي تخصيص ذلك ببعض أنواع الدواب؛ فإنه يتخصص، وكذا إذا قال: (وكَّلتك على بيع هذه السلعة)، فإن هذا اللفظ عام في بيعها في كل مكان وزمان، فإذا كان العُرف جاريًا على أن تباع هذه السلعة في سوق مخصوص أو في زمان مخصوص فيخصص هذا العموم[٢]، ولو وكَّلت المرأة رجلا أن يزوجها، فلا يجوز له أن يزوجها من غير كفؤ لها؛ لأنَّ مطلق التوكيل بالزواج ينصرف إلى المتعارف، والمتعارف أن الكفاءة في الزواج معتبرة[٣]، ولو قال شخص لآخر: (اشترِ لي لحمًا من السوق)، ينصرف التوكيل إلى اللحم الذي يباع في السوق ويشتري الناس منه في الأغلب من لحم الضأن والمعز والبقر والإبل إن جرت العادة بشرائه، ولا ينصرف إلى ما سوى ذلك من اللحم مما انعدم جريان العادة بشرائه، والمدار في ذلك على عُرف البلدان ودلالات الأحوال[٤]، ولو وكَّل رجلا بطلب كل دين له بالخصومة فيه، فله أن يتقاضى ما كان له من دين وما حدث له بعد ذلك؛ لأنَّ مطلق التوكيل ينصرف إلى المتعارف، وفي العرف يراد جميع ذلك[٥].

= قرينة أو عرف خاص أو عام» وفيه أيضًا: «إن قيدت الوكالة بالتصرف في بعض الأشياء دون بعض، فالمرجوع في ذلك التقييد إلى مقتضى اللفظ والعادة» التاج والإكليل ٧/ ١٨٠، شرح منتهى الإرادات ٢/ ١٩٠ وفيه: «الإذن إنما ينصرف لما جرت به العادة».

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣/ ٥٠٧.

(٢) انظر: شرح الخرشي ٦/ ٧١، ٧٢، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢/ ٤٢٨، حاشية البجيرمي ٣/ ٦٠، حاشية الجمل ٣/ ٤٠٨، ٤٠٩.

(٣) وهو قياس رواية الحسن عن أبي حنيفة، وأما على ظاهر الرواية فينبغي أن يجوز انظر: المبسوط ١٩/ ١٢٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/ ٣١.

(٥) انظر: المبسوط ١٤/ ١٦٦.

وكل هذه المخصصات والمقيدات، سواء كان مصدرها الاتفاق المصرح به عند إنشاء العقد، أو بعده، أو الأعراف الجارية عامتها وخاصتها، أو دلالات الأحوال، منوطة بإجازة الشرع، فما خالف قواعد الشرع ملغي مطروح؛ لما هو مقرر بقاعدة: «إذن العبد يعتبر بإذن الشرع»[١]، فكان نفي القدرة الشرعية نفيًا لإذن المكلف[٢]، وهذا أصل حاكم لكافة أفعال المكلفين، وعلى هذا فإن مطلق التوكيل ينصرف إلى ما يجوز للموكِّل أن يفعله بنفسه شرعًا دون ما يكون ممنوعًا عنده، فيقيد مطلق التوكيل بهذا الدليل[٣].

أدلة الضابط :

١- أن التوكيل عقد، والأصل في العقود البيان النافي للجهالة المفضية إلى المنازعة، وكل جهالة تفضي إلى المنازعة يجب إزالتها بالتعيين؛ لذلك كانت الوكالة مما يتقيد بالتقييد[٤].

٢- أن المقصود من التوكيل امتثال الوكيل لأمر الموكِّل؛ لأجل تحصيل غرضه وتحقيق مقصوده، ومعلوم أن الامتثال متعذر عند انعدام البيان[٥].

٣- أن التوكيل مستفاد من جهة الموكِّل وهو الآمر، ومن كان الإذن من جهته صح التعيين من قبله، ويكون القول قوله في بيان صفته[٦].

٤- القواعد الفقهية القاضية باعتبار العرف ودلالات الأحوال في بيان ما لا

---

(١) بدائع الصنائع ١٩٣/٧.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٣٤/٢.
(٣) انظر: المبسوط ١٢٣/١٩.
(٤) انظر: المبسوط ٩٤/٧، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٥٨٩/٩.
(٥) انظر: البحر الزخار ٥٧/٦.
(٦) انظر: المبسوط ٨٢/١٥، العناية ٩٣/٨.

نص فيه، ومنها: «العرف إنما يعتبر عند عدم التصريح بخلافه»[١]، «العرف معتبر فيما لا نص فيه»[٢]، «الثابت بدلالة العرف كالثابت بدلالة النص»[٣]، «مطلق العقد يتقيد بدلالة العرف»[٤]؛ لأنَّ الأصل ودليله دليل لكل ما يتفرع عنه.

تطبيقات الضابط :

١- لو قال الموكِّل للوكيل ببيع شيء: (بعه في السوق الفلاني، ولا تبعه في غيره)، أو (بعه في محضر شهود، ولا تبعه بدون شهود) ونهاه عن العمل خلافًا لذلك، فليس للوكيل بيعه في سوق آخر أو بدون شهود؛ لأنَّ مبنى الوكالة على التقييد[٥].

٢- لو وكَّل شخص شخصًا بأن يشتري له سيارة، وعين له نوع السيارة أو لونها، أو اشترط عليه ثمنًا لا يشتري بأكثر منه، فلا يجوز للوكيل مخالفة تعيين الموكِّل؛ لأنَّ الوكالة مبناها على التقييد.

٣- إذا اشترط الموكِّل على الوكيل ببيع شيء أن يبيعه برهن أو كفيل، فليس للوكيل أن يبيعه بلا رهن ولا كفيل؛ لأنَّ الوكالة تتقيد بالتقييد[٦].

٤- لو عين الموكِّل المشتري، فقال للوكيل: (لا تبع ما وكَّلتك ببيعه إلا

(١) المبسوط للسرخسي ٤/٢٢٧.
(٢) مجمع الأنهر ٢/٣٨٦.
(٣) المبسوط للسرخسي ٤/٢٢٧.
(٤) المبسوط ١١/١١٥.
(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣/٤٢٨.
(٦) انظر: المبسوط ١٩/٤٨، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٥٠٩.

لفلان) وسمَّاه، لم يجز للوكيل أن يخالف[١]؛ لأنَّ التخصيص أصل في الوكالة.

٥- إذا باع الوكيل نسيئة، فقال له الموكِّل: أمرتك أن تبيعه بنقد، وقال الوكيل: أمرتني ببيعه مطلقًا ولم تقل شيئًا؛ كان القول قول الموكِّل إن لم يكن للوكيل بيان؛ لأنَّ التقييد تابع للوكالة[٢].

٦- ليس لمن وكَّل شخصًا ببيع شيء أن يوكِّل به غيره؛ إلا أن يكون الموكِّل قد أذن له بذلك، أو دلت قرائن الأحوال ودلائلها على جوازه؛ لأنَّ الوكالة مبناها على التقييد[٣].

٧- إذا وكَّل مكلف آخر بأن يشتري له أضحية، فإن الوكيل يتقيد في الشراء بأيام الأضحية من السنة الأولى عقب الوكالة؛ لأنَّ مبنى الوكالة على التقييد[٤].

٨- لو وكَّله بطلب شفعة في دار ليس له أن يخاصم في غيرها؛ لأنَّ الوكالة تتقيد بالتقييد[٥].

٩- إذا وكَّل شخص آخر بأن يشتري له شيئًا، ولم يسمِّ نوع العُمْلة النقدية للشراء، فالعبرة في ذلك بالعملة النقدية الشائع التعامل بها[٦]؛ لأنَّ

---

(١) انظر: حاشيتي قليوبي وعميرة ٢/٤٣٢.

(٢) انظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٤/٢٧٥ خلافًا لما ذكره بعض الإباضية: أن القول قول الوكيل مع يمينه إن لم يكن للموكل بيان؛ إذ الأصل عدم التوقيت لحدوثه، فالقول قول القائل بعدمه؛ استصحابًا للأصل. انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٩/٥٨٩.

(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣/٥٧٠.

(٤) المبسوط ٢٣/١٣٧.

(٥) الفتاوى الهندية ٥/١٩١.

(٦) انظر: المبسوط ١٤/٦١.

الوكالة تتقيد بالألفاظ والأعراف ودلالات الأحوال.

١٠- إذا وكَّل شخصٌ آخرَ بأرض له على أن يدفعها مزارعة هذه السنة، فدفعها بشيء يعلم أنه حابى فيه بما لا يتغابن الناس في مثله، فلا يجوز ذلك في قول من يجيز المزارعة؛ لأنَّ مطلق التوكيل يتقيد بالمتعارف[1]، كما يتقيد باللفظ.

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

(١) انظر: المبسوط ١٣٧/٢٣.



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٥٧

نص الضابط: مُطْلَقُ التَّوْكِيلِ يَنْصَرِفُ إِلَى الـمُتَعَارَفِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الأصل أن التوكيل المطلق يتقيد بالعرف والعادة[٢].

٢- الوكالة تتقيد بدلالة العرف[٣].

٣- مطلق الوكالة يتقيد بالمعتاد[٤].

٤- دليل العرف يقيد مطلق التوكيل[٥].

٥- الوكالة تتخصص وتتقيد بالعرف[٦].

صيغ ذات علاقة :

١- العادة محكَّمة[٧]. (أعم).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٤/١٦٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٣٢٠.

(٣) تكملة فتح القدير لقاضي زاده ٨/١١٦ وبلفظ آخر: «الوكالة تتقيد بالعرف كما تتقيد بالتقييد صريحًا» تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٢٨٠.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٩/٣٦، وبلفظ آخر: «مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف» تبيين الحقائق ٤/٢٧٠.

(٥) المبسوط ١٢/٢١٤.

(٦) مواهب الجليل للحطاب ٥/١٨٩، وبلفظ آخر: « الوكالة تتقيد بالعرف» تبيين الحقائق ٤/٢٨٠.

(٧) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧، مجلة الأحكام العدلية (المادة ٣٦)، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٢- الأصول الحقيقية تترك بدلالة العادة[١]. (أعم).

٣- المطلق يتقيد بالعرف والعادة دلالة كما يتقيد نصًّا[٢]. (أعم).

٤- مطلق الإذن ينصرف إلى المتعارف[٣]. (أعم).

٥- مطلق الكلام يحمل على المتعارف[٤]. (أعم).

٦- مطلق التسمية في عقود المعاوضات ينصرف إلى المتعارف[٥]. (أعم).

٧- الأصل في المقيد اعتبار القيد فيه إلا إذا تعذر اعتباره[٦]. (قيد عام).

شرح الضابط :

المراد بـ(المطلق) : هو اللفظ الدال على الماهية بلا قيد[٧]، والمراد بـ(التوكيل المطلق): استنابة شخص شخصًا في أمر من الأمور، كبيع شيءٍ أو شرائه أو استئجاره، دون أن يتعرض لجنس الموكَّل به أو نوعه أو صفته[٨].

---

(١) فتح القدير لابن الهمام ٣/٣١٤.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٦/٢١٥ وبألفاظ أخر: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص» درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٨٢، «المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا» الكليات الفقهية لابن غازي ١/١٥٨، مرآة المجلة لمسعود أفندي ص ٧٦.

(٣) المبسوط ١١/١٤٥، مجمع الضمانات للبغدادي ص ٥٩، شرح مجلة الأحكام العدلية للأتاسي ٤/١٣، وبلفظ آخر: «المطلق ينصرف إلى المعهود المتعارف» بدائع الصنائع ١/٢٨، وانظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٢٣٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) بدائع الصنائع ١/١١٢، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٥/٦٨٠ وبألفاظ أخر: «مطلق التسمية ينصرف إلى المتعارف» المبسوط ١١/١٤٥، «المطلق من الألفاظ ينصرف إلى المتعارف» تكملة فتح القدير ٨/٣٢٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «مطلق الكلام محمول على المتعارف».

(٥) المبسوط ١٩/١١٩.

(٦) بدائع الصنائع ٦/٢١٦.

(٧) مواهب الجليل للحطاب ٥/١٩٥.

(٨) انظر: حاشية الدسوقي ٣/٣٨٢.

والمراد بـ**(المعتاد المتعارف)**: أي المشهور بين الناس فيما يجري بينهم من مخاطبات ومعاملات بحسب كل مكان وزمان[١]، كمطلق تسمية النقد، والألْف، والدابة، والقوت، والخبز، والصاع، والبيت، اشتهر بين الناس استعمالها في معانٍ خاصة، بحيث تنصرف إليه التسمية عند التلفظ بها مطلقة[٢].

والأصل المستقر لدى الفقهاء: أن مطلق الأمر ينصرف إلى المعهود المتعارف، وهذا ما عبرت عنه غير صيغة، والضابط الذي بين أيدينا واحد من أهم تفريعات ذلك الأصل، ومفاده: أن الشخص إذا أقام غيره مقام نفسه في أمر من الأمور التي تقبل الاستنابة، وحدد له ماهية هذا الأمر، كأن يقول له: (وكَّلتك في شراء أو بيع دابة أو منزل أو حاسب آليٍّ أو سيارة أو طعام، أو استئجار بيت أو متجر)، دون أن يشتمل عقد الوكالة على التفاصيل المتعلقة بجنس الموكَّل به أو نوعه أو صفته، فإن الوكالة في هذا الأمور تنصرف إلى ما هو شائع مشهور بين الناس في كل موضع بحسبه، وحاصل ذلك أن الوكالة تتقيد بالتقييد[٣]، وأن التقييد الثابت بالعرف بمنزلة التقييد الثابت بالنص[٤].

وإذا كان الموكَّل به يتعلق به عرفان: أحدهما عام، والآخر خاص، سواء كان خاصًّا بمحلة أو بطائفة، فالمعتبر الأغلب من عادات البلاد والعباد[٥]، وقيل: العرف الخاص أولى بالاعتبار من العام، وهو المعبر عنه بقول بعض الفقهاء: «العادة المطَّردة في ناحية تنزل منزلة الشرط[٦]»، وقولهم: «المعروف في كل موضع يجعل كالمشروط»[٧].

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١/٦٣٥.
(٢) انظر: المبسوط ١٩/٩٩.
(٣) انظر: المبسوط ١٩/٧٠، الفتاوى الهندية ٥/١٩١، درر الحكام لعلي حيدر ٤/٥٩٨.
(٤) انظر: المبسوط ٢٣/١٣٧.
(٥) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٤/٥٨.
(٦) حاشية البجيرمي ٣/٢٧٨.
(٧) المبسوط ١٦/٤٩.

وهذا الضابط موضوعه «التوكيل المطلق»، فالعرف معتبر فيه، وهو مجعول كالمشروط، أمَّا إذا تضمَّن عقد الوكالة تفاصيل موضوعها، فلا عبرة بالمعهود المتعارف بين الناس؛ لأنَّ المقرر شرعًا: أنه لا عبرة بالعرف إذا جاء الصريح بخلافه[١]، وهذا ما عبَّر عنه السرخسي بقوله: «إنما يعتبر العرف عند عدم التصريح بخلافه[٢]»، فسلطان العرف إنما يكون في المسكوت عنه ولم يصرح فيه بشيء؛ لأنَّه حينئذ يكون كالنص وكالشرط، أمَّا عند وجود التسمية فساقط الاعتبار[٣].

والكلُّ، أي المصرح به من جهة العاقدين أو المعهود المتعارف بين الناس، ملغيٌّ ساقط الاعتبار إذا كان ينافي نص الشارع؛ لأنَّه لا معنى للعادة مع النص[٤]، ولأنَّ نص الشارع لا يُصادَم، وهو حجة على الكل، يجب مراعاته واتباعه[٥]، فالثابت أن ما نص عليه لا يتغير أبدًا، وما لم ينص عليه تعتبر فيه التسمية أو العرف[٦]، فمطلق التوكيل ينصرف إلى ما يجوز للموكِّل أن يفعله بنفسه شرعًا دون ما يكون ممنوعًا عليه، فلو وكَّلت المرأة رجلا ليزوجها مطلقًا، فزوجها من غير كفء لا يلزمها؛ لأنَّها ممنوعة من أن تزوج نفسها من غير كفْء[٧].

وهذا الضابط معمول بمقتضاه لدى جمهور الفقهاء، وحاصله: أن المعتاد المتعارف جارٍ مجرى المنطوق به في تقييد مطلق التوكيل، فإن لم يكن ثمة

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٢/ ١٥٥.
(٢) المبسوط ٤/ ٢٢٧.
(٣) انظر: شرح السير الكبير للسرخسي ٥/ ١٧٢٥.
(٤) المبسوط ١٨/ ٩٦.
(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٥٨.
(٦) رد المحتار لابن عابدين ٥/ ١٧٦، درر الحكام لعلي حيدر ١/ ٨٥.
(٧) انظر: المبسوط ١٩/ ١٢٣.

تسمية أو عرف لتقييد الوكالة فإن مطلق التوكيل يجري على إطلاقه[١]، خلافًا لما عند المالكية ومقابل الأصح عن الشافعية من أن التوكيل المطلق لا يصح[٢]، وخلافًا لما عند أبي حنيفة من أن التوكيل المطلق جارٍ على إطلاقه، فالوكيل في البيع المطلق يملك البيع بالقليل والكثير، وبالنقد والنسيئة؛ لأنَّ الأصل في اللفظ المطلق أن يجرى على إطلاقه، ولا يصح تقييده إلا بدليل، والعرف متعارض؛ فإنَّ البيع بغبن فاحش لغرض التوصل بثمنه إلى شراء ما هو أربح منه متعارف أيضًا، فلا يجوز تقييد المطلق مع التعارض[٣].

أدلة الضابط :

١- حديث عروة بن الجعد البارقي، رضي الله عنه، حيث أعطاه النبي ﷺ دينارًا يشتري به شاة، فاشترى شاتين بدينار، فباع إحداهما بدينار، وجاءه بالدينار والشاة الأخرى[٤]، فباع وأقبض وقبض بغير إذن لفظي؛ اعتمادًا منه على الإذن العرفي، وهو فعل ما فيه حظ ومصلحة للموكِّل، الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع، ففيه دليل على أن المعتاد المتعارف معتبر في التوكيل المطلق[٥].

٢- القواعد الفقهية القاضية بصرف مطلق الكلام إلى المعتاد المتعارف، واعتبار المتعارف كالمنطوق به، كقاعدة: «العادة محكَّمة»[٦] وقاعدة:

---

(١) انظر: المبسوط ٨١/١٩.

(٢) انظر: شرح الخرشي ٧٠/٦، حاشيتي قليوبي وعميرة ٤٢٨/٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٧/٦، البحر الرائق ١٦٦/٧ - ١٦٧، حاشية ابن عابدين ٤٠٦/٤، الفتاوى الهندية ٥٨٨/٣.

(٤) رواه البخاري في صحيحه ٢٠٧/٤ (٣٦٤٢).

(٥) انظر: إعلام الموقعين ٤١٢/٢- ٤١٣.

(٦) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧، مجلة الأحكام العدلية (المادة ٣٦).

«المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا»[١]، وقاعدة: «مطلق الكلام يحمل على المتعارف»[٢]، وقاعدة: «مطلق التسمية في عقود المعاوضات ينصرف إلى المتعارف»، وقاعدة: «مطلق العقد ينصرف إلى المتعارف»[٣][٤].

٣- أنَّ الوكيل إنما يصير ممتثلا إذا حصَّل مقصود الموكِّل، ومقصود الموكِّل هو فعل ما فيه خير له، والمتعارف بين الناس أن الوكيل يفعل ما ينفع الموكِّل ولا يضره، فحمل مطلق كلام الموكِّل على المعهود المتعارف يوافق مقصوده، فينزل منزلة نطقه، ويتقيد به مطلق كلامه[٥].

تطبيقات الضابط :

١- إذا وكَّل رجلٌ آخر بأن يشتري له كمية من البيض، فاشترى له بيض سمك، لا يلزم ذلك الموكِّل؛ لأنَّ المتعارف بين الناس عند عدم التسمية انصراف لفظ البيض إلى بيض الطير، والمقرر بهذا الضابط أن مطلق التوكيل يتقيد بالعرف[٦].

٢- لو وكَّل شخصٌ شخصًا بشراء بيت أو استئجاره، ولم يشتمل العقد على بيان يتعلق بمرافق البيت وملحقاته، فاشترى الوكيل بيتًا بدون

(١) الكليات الفقهية لابن غازي ١/١٥٨، مرآة المجلة لمسعود أفندي ص٧٦.

(٢) حاشية رد المحتار ٥/٦٨٠.

(٣) المبسوط ١٦/٥٤.

(٤) المبسوط ١٩/١١٩.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ١٤/٦٦، درر الحكام لعلي حيدر ٣/٦١٤، شرح الخرشي ٦/٧١، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٢٧٣.

(٦) انظر: المنثور للزركشي ٢/٣٨٦.

سُلَّم أو بدون ملحقاته كالحمَّام والمطبخ، فلا يلزم ذلك الموكِّل؛ لأنَّ مرافق البيت وملحقاته تدخل في البيت باعتبار المعهود والمتعارف عليه بين الناس، وإن كانت لا تدخل بمقتضى الاستعمال اللغوي للفظ البيت، والمقرر بهذا الضابط: أن التوكيل المطلق ينصرف إلى المتعارف.

٣- لو وكَّل مصريٌّ شخصًا أن يشتري له دابة، فالمراد أن يشتري له حمارًا؛ لأنَّ لفظ الدابة في عرف المصريين يطلق على الحمار دون غيره من الدواب، والمقرر أن التوكيل المطلق ينصرف إلى المتعارف(١).

٤- لو وكَّل شخصٌ شخصًا بشراء شاة بلا بيان للنوع صراحة أو دلالة، فاشترى الوكيل معزاة فلا يلزم الموكِّل؛ لأنَّ العرف جارٍ على أن الشاة تطلق عند الإطلاق على الضأن، وإن كان معناها في اللغة تطلق على الضأن والماعز(٢)، والمقرر بهذا الضابط: أن مطلق التوكيل محمول على المتعارف بين الناس.

٥- لو أن رجلا وكَّل رجلا بأن يزوجه امرأة بعينها، فالمراد أن لا يزوجه إياها بأكثر من مهر مثلها مما لا يتغابن الناس فيه عادة؛ لأنَّ التقييد يثبت بدليل العرف(٣).

٦- إذا وكَّل شخص آخر بشراء سيارة، دخل فيها عدتها ومفاتيحها وعجلها الاحتياطي، ولو لم يذكر الموكِّل ذلك في عقد الوكالة؛ لأنَّ

---

(١) انظر: التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ١/٤١٥.

(٢) المصباح المنير ص ٤٥٥.

(٣) خلافًا لما ورد عن أبي حنيفة أن مطلق التوكيل يجري على إطلاقه في غير موضع الضرورة والتهمة انظر: بدائع الصنائع ٢/٣٢٠.

هذا هو الشائع المتعارف عليه بين الناس في بيع السيارات، والعرف دليل تتقيد به الوكالة المطلقة.

٧- لو أن شخصًا وكَّل آخر في شراء كمية من اللحم، وكان المراد باللحم في عرف العاقد لحم البقر أو الجاموس، تقيدت الوكالة به، دون غيره من اللحوم الأخرى كلحم الأغنام والإبل والطير؛ لأنَّ الوكالة المطلقة تحمل على العرف.

٨- إذا دفع شخصٌ إلى آخر مبلغًا من المال ليشتري له خبزًا، وكان الشائع في محلتهم أن لفظ الخبز ينصرف إلى الخبز المصنوع من القمح، فإن الوكالة تتقيد به دون غيره مما يصنع من الشعير أو الأرز ونحوهما؛ لأنَّ التوكيل المطلق ينصرف إلى المتعارف[١].

٩- إذا وكَّل الرجل رجلا بطلب كل دَين له بالخصومة فيه، فله أن يتقاضى ما كان له من دَين وما حدث له بعد ذلك؛ لأنَّ مطلق التوكيل ينصرف إلى المتعارف، وفي العرف يراد جميع ذلك[٢].

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٥٧٦/٣.

(٢) انظر: المبسوط ١٦٦/١٤.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٥٨

نص الضابط: الوَكَالَةُ تَحْتَمِلُ التَّعْلِيقَ وَالإِضَافَةَ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١ـ الوكالات مما تقبل التعليق والإضافة[٢].

٢ـ تعليق الوكالة وإضافتها صحيحان[٣].

٣ـ تصح الوكالة مشروطة بمستقبل[٤].

صيغ ذات علاقة :

١- المسلمون عند شروطهم[٥]. (معلَّلَة).

٢- الإسقاطات تحتمل التعليق والإضافة[٦]. (معلَّلَة).

---

(١) حاشية الشلبي مع تبيين الحقائق للزيلعي ٥٤٧/٣.
(٢) حاشية الشلبي مع تبيين الحقائق ٢٩٠/٤.
(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٥٤٧/٣.
(٤) البحر الزخار لابن المرتضى ٥٥/٦.
(٥) نص القاعدة حديث شريف علقه البخاري ٩٢/٣ بصيغة الجزم، ووصله الحاكم ٥٧/٢ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس، رضي الله عنهما، ورواه الترمذي٣/٦٣٤-٦٣٥(١٣٥٢)، وابن ماجه ٧٨٨/٢ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٢٧/٣ (٩٨)، والبيهقي في الكبرى ٦٥/٦ من حديث عمرو بن عوف المزني، رضي الله عنه بلفظ: «على شروطهم»، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٦) بدائع الصنائع للكاساني ١٩٣/٧.

٣- الإذن يصح معلقًا[١]. (معلِّلَة).

٤- تعليق الوكالة بالشرط جائز[٢]. (أخص).

٥- الوكالة تحتمل الإضافة[٣]. (أخص).

٦- تعليق الوكالة غير صحيح[٤]. (مخالفة).

٧- مبنى الوكالة على التقييد[٥]. (تكامل).

شرح الضابط :

المراد بـ(التعليق): أي ربط حصول أمر بأمر آخر وإناطته به[٦]، و(الشرط): هو إلزام الشيء والتزامه[٧]، والمراد بـ(الشرط) هنا: هو الشرط

---

(١) بدائع الصنائع ٢/١٩٢.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٧/٥٠١، بدائع الصنائع للكاساني ٦/٣٨، رد المحتار لابن عابدين على الدر المختار للحصكفي ٥/٢٥٢، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٥٠٧ وبألفاظ أخر: «تعليق الوكالة بالشرط صحيح» المبسوط للسرخسي١٩/٧، درر الحكام لعلي حيدر ٣/٥٠٧، «تعليق الوكالة صحيح» كشاف القناع للبهوتي ٣/٤٦٨، مطالب أولي النهى لزكريا الأنصاري ٣/٤٣٦، «يصح تعليق الوكالة على الشرط» إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٣/٢٦٦، «الوكالة قابلة للتعليق» القواعد لابن رجب ص ٢٦٩، «تصح الوكالة معلقة» شرح الأزهار لابن مفتاح ٤/٢٤٢، «يصح تحبيس الوكالة» البحر الزخار لابن المرتضى ٤/١٧٥.

(٣) المبسوط للسرخسي١٩/١٢٦، وبلفظ آخر: «الوكالة تقبل التأقيت» البحر الرائق لابن نجيم٣/٢٨٧، وانظر الضابط: «الأصل صحة تعليق الكفالة بالشرط الملائم دون غيره» في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) حاشيتي قليوبي وعميرة ٢/٣٤١، وبلفظ آخر: «لا يجوز تعليق الوكالة على شرط مستقبل» المهذب للشيرازي ٢/١٦٢.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٢٧٤، وبألفاظ أخر: «مبنى الوكالة على الخصوص» بدائع الصنائع ٦/٢٨، «الوكالة تقبل التقييد» المبسوط للسرخسي ١٩/٥٥ «الوكالة تقبل التخصيص» المبسوط ١٩/١٨، «الخصوص والتقييد هما أصل في الوكالة» درر الحكام لعلي حيدر ٣/٥٠٧، ٥٠٩، «مخصصات الموكل متعينة معتبرة» التاج والإكليل للمواق ٧/١٨٣.

(٦) انظر: لسان العرب لابن منظور مادة (علق)، المدخل الفقهي العام للزرقا ١/٥٠٣.

(٧) لسان العرب مادة (شرط).

الجعلي التعليقي، وهو ما ارتبط به الحكم المعلق وجودًا وعدمًا، كارتباط المسبب بالسبب الشرعي[١]، لا الشرط بمعناه الشرعي، وهو ما يلزم من عدمه العدم، ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته[٢].

وهذا الضابط بيان لما تحتمله الوكالة من التقييدات فيما يتعلق بذات العقد، لا فيما يتعلق بموضوعه ونطاقه، وهو يقرر أن عقد الوكالة من العقود التي يصح إناطتها بأمر مستقبلي أو زمن آتٍ بحيث يتعلق وجود الوكالة على وجود ذلك الأمر، ويتأخر حكمها إلى ذلك الوقت المضاف إليه.

وتفصيل ذلك فيما يتعلق بمجال إعمال الضابط، وثمرته الفقهية، وحضوره لدى الفقهاء، على النحو التالي:

أولاً: هذا الضابط مجاله الشروط التعليقية والإضافية؛ وعليه فلا يدخل في مجاله الشروط التقييدية التخصيصية المتعلقة بموضوع الوكالة ونطاقها، فالخصوص والتقييد في هذا الجانب سواء فيما يتعلق بمعلومية الوكيل، أو الموكَّل به، أو نطاق تصرف الوكيل من حيث الزمان والمكان، كل ذلك أصل في الوكالة، ذكر الموَّاق أن شرط صحة الوكالة: «علم متعلقها خاصًّا أو عامًّا بلفظ، أو قرينة، أو عرف خاص، أو عام»[٣]، ولم يختلف الفقهاء في هذا الجانب، وتناول هذا الجانب بالتفصيل ضابط: «مبنى الوكالة على التقييد»[٤].

ثانيًا: أن ثمة فرقًا بين التعليق على الصفة والإضافة إلى الوقت: وهو أن التعليق يمنع المعلق عن السببية للحكم في الحال، ويجعله متأخرًا إلى وجود الشرط، فعند وجوده ينعقد سببًا مفضيًا إلى حكمه، وأما المضاف إلى الوقت

---

(١) شرح التلويح للتفتازاني على التوضيح لعبيدالله بن مسعود البخاري ٢/٢٨٦.
(٢) البحر المحيط للزركشي ٤/٤٣٧.
(٣) التاج والإكليل للمواق ٧/١٧٤، وانظر: بدائع الصنائع ٦/٢٨، مغني المحتاج ٢/٤٣١، ٤٣٢.
(٤) تبيين الحقائق ٤/٢٧٤.

فإنه ينعقد سببًا للحال؛ لانتفاء التعليق المانع من انعقاد السببية، لكن يتأخر حكمه إلى الوقت المضاف إليه، فالإضافة لا تخرجه عن السببية بل تؤخر حكمه بخلاف التعليق؛ وعليه فالعقد في التعليق غير منعقد في الحال، ويكون انعقاده معلقًا على وجود الشرط، قال السرخسي: «المعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط»[١]، وأما المضاف إلى وقت فهو منعقد في الحال متأخر حكمه إلى مجيء الوقت المضاف إليه[٢].

ومثال التعليق في باب الوكالة: لو قال شخص لآخر: (وكَّلتك على أن تبيع فرسي هذا إذا أتى فلان التاجر إلى هنا)، وقَبِل الوكيل ذلك تنعقد الوكالة معلقة بمجيء التاجر، وللوكيل أن يبيع الفرس إذا أتى التاجر وإلا فلا؛ لأنَّه يلزم ثبوت الشيء المعلق عند ثبوت الشرط، وإذا لم يأتِ التاجر إلى هناك فليس للوكيل بيع ذلك المال؛ لأن التعليق يمنع المعلق أن يكون سببًا للحكم، وأما الإضافة فكما لو قال: (وكَّلتك على أن تبيع فرسي في شهرٍ معين)، وقَبِل الوكيل ذلك، يكون بحلوله وكيلا، وله أن يبيع الدواب في ذلك الشهر أو بعده، وأما قبل حلوله فليس له أن يبيع[٣].

ومن الأحكام التي تتفرع من الفرق المذكور: لو حلف الموكِّل وكالة معلقة قبل وجود الشرط بأنه ليس له وكيل - كان صادقًا في يمينه، بخلاف ما لو حلف اليمين قبل حلول الوقت في الوكالة المضافة بأنه ليس له وكيل - يكون كاذبًا في يمينه[٤].

---

(١) المبسوط ١٣٠/٣، وبلفظ آخر للسمرقندي: «المعلق بالشرط كالمنجَّز عند وقوع الشرط» تحفة الفقهاء ٧٨/٢.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٥٥/٥.

(٣) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٥٠٧/٣، ٥٠٩.

(٤) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٥٠٩/٣.

ثالثًا: هذا الضابط معمول بمقتضاه لدى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية في مقابل الأصح، والحنابلة، والزيدية، والإباضية، وهو حاضر عندهم فيما أوردوه من تطبيقات[١]، وخالفهم في ذلك الشافعية في الأصح، والإمامية؛ فلم يجوزوا تعليق الوكالة بالشرط أو إضافتها إلى وقت، وإن حدث ذلك لم تصح الوكالة؛ لأنَّها عقد تؤثر الجهالة في إبطاله فلم يصح تعليقه على شرط أو إضافته إلى وقت، غير أنهم استثنوا من ذلك صورتين من الوكالات تحتملان التعليق والإضافة، ذكرهما الشافعية في مصنفاتهم:

الأولى: الوصاية، وعللوا صحة قبولها للشرط والتعليق بأن الجهالة فيها لا تضر.

والأخرى: الإمارة، وعللوا صحة قبولها للشرط والتعليق بالحاجة والضرورة[٢].

وما ورد عن الشافعية من صيغ تفيد صحة تعليق الوكالة أو توقيتها، نحو: «تصح الوكالة المؤقتة»[٣]، فهي محمولة إمَّا على أنها معبرة عن القول الآخر الذي يقع في مقابل القول الأصح عندهم، أو أنها محمولة على ما لا يدخل في مجال الضابط من الشروط التخصيصية والتقييدية التي لابد منها في تعيين علائق الوكالة ودفع الجهالات المفسدة للعقد، ويُعرف ذلك بحسب موضع سياق العبارات.

---

(١) انظر: حاشية الشلبي ٢٩٠/٤، منح الجليل لعليش ١٥٨/٤، كشاف القناع ٤٦٨/٣، البحر الزخار ٥٥/٦، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٥٠٢/٩، ٥٠٣.

(٢) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٤١/٣، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣١٢/٥، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢٦٦/٢، حاشيتي قليوبي وعميرة ٤٢٧/٢، شرائع الإسلام للحلي ١٥١/٢.

(٣) أسنى المطالب ٢٦٦/٢.

أدلة الضابط :

١- قاعدة: «المسلمون عند شروطهم» المنصوص عليها بحديث عبدالله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده، أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطًا حرم حلالا، أو أحل حرامًا»[١]. وجه الدلالة: أن الحديث عام في جميع العقود وصحة اقترانها بالشروط التي لا تصادم حكم الشرع ولا تناقض مقتضى العقد[٢]، والوكالة عقد فيجري عليها ما يجري على العقود من صحة تعليقها بالشروط.

٢- عن عبد الله بن عمر ـ رضي الله عنهما ـ قال: أمَّر رسول الله ﷺ في غزوة مؤتة زيد بن حارثة، فقال رسول الله ﷺ: «إن قُتل زيد، فجعفر، وإن قُتل جعفر فعبد الله بن رواحة»[٣]، ووجه الدلالة: أن النبي ﷺ أناب زيدًا عنه في إمرة الجيش في غزوة مؤتة، ثم علَّق إنابة جعفر عنه في الإمارة على قتل زيد، ثم علَّق إنابة عبد الله بن رواحة على قتل جعفر؛ فدل ذلك على جواز تعليق الولايات بالشرط[٤]، والوكالة نوع من الولاية؛ فصح تعليقها كذلك، بل تعليق الوكالة أولى بالجواز؛ فإن الولي وكيل وكالة عامة، فإنه إنما يتصرف نيابة عن المولي، فوكالته أعم من وكالة الوكيل في الشيء المعين، فإذا صح تعليقها فتعليق الوكالة الخاصة أولى بالصحة[٥].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٩٨/٦، قواعد الفقه للمجددي ص ١٤٣.

(٣) رواه البخاري ١٤٣/٥ (٤٢٦١) عن عبد الله بن عمر، رضي الله عنهما.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ١٤٨/٥، تكملة البحر الرائق للطوري ٤٥/٨، نيل الأوطار للشوطاني ٣٠٦/٨.

(٥) إعلام الموقعين ٢٩٦/٣.

٣- أن المقصود من التوكيل التصرف، والتوكيل وسيلة إليه، فإذا صح تعليق الغاية وهو التصرف، فتعليق الوسيلة أولى بالصحة[(١)].

٤- أن الوكالة تتضمن الإذن، والإذن تصرف إسقاط، والإسقاطات تحتمل التعليق والإضافة[(٢)]، فالوكالة في ذلك كذلك.

٥- أن التوكيل إطلاق التصرف، والإطلاقات تحتمل التعليق بالشرط[(٣)]، فالوكالة في ذلك كذلك.

تطبيقات الضابط :

١- لو قال شخص لآخر: (إن سافرتُ فأنت وكيلي في أمري)، صحت الوكالة، وتعلق الحكم بها عند حدوث سفر الموكِّل؛ لأنَّ الوكالة مما يقبل التعليق[(٤)].

٢- لو كفل بنفسه على أنه إنْ لم يوافِ به غدًا، فهو وكيل في خصومته، فرضي به المطلوب، فلم يوافِ به الغد، فهو وكيل بالخصومة؛ لأنَّ الوكالة تحتمل التعليق[(٥)].

٣- إذا قال الرجل لزوجته: (إن تزوجت عليك فقد وكَّلتك على طلاقك أو طلاق التي أتزوجها عليك)، ثم تزوج عليها، فلها أن تطلق نفسها أو ضرَّتها[(٦)]؛ لأنَّ تعليق الوكالة صحيح.

---

(١) إعلام الموقعين ٣/٢٩٦.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٩٢.
(٣) بدائع الصنائع ٦/٢٠.
(٤) انظر: تكملة البحر الرائق للطوري ٨/٥٢١.
(٥) انظر: المبسوط ٢٠/٤.
(٦) انظر: منح الجليل لعليش ٤/١٥٨.

٤- لو قال له شخص لآخر: (إذا قدم فلان، فأنت وكيلي في قبض ديوني منه)، صحت الوكالة؛ لأنَّ الوكالة تحتمل التعليق[١].

٥- لو قال شخص لآخر: وكَّلتك إن أبرأتني عمَّا لك عليَّ صحت الوكالة إنْ حصل الشرط الذي هي معلقة عليه؛ لأنَّ تعليق الوكالة بالشرط صحيح[٢].

٦- إذا قال الزوج للوكيل بالطلاق: (كلما عزلتك فأنت وكيل)، لا يملك عزله؛ لأنَّه كلما عزله تجددت وكالته؛ وهذا لأن تعليق الوكالة بالشرط صحيح[٣].

٧- إذا قال شخص لآخر: (إذا جاء غد فأنت وكيلي)، فجاء غد فإنه يكون وكيلا؛ لأنَّ الوكالة تحتمل التوقيت[٤].

٨- لو قال شخص لآخر: (إذا جاء رأس الشهر فقد وكَّلتك في بيع بيتي)، فإن جاء رأس الشهر صح البيع من الوكيل في حق الموكِّل، وإن باعه قبل أن يأتي رأس الشهر لم يصح؛ لأنَّ الوكالة تصح معلقة بمجيء وقت ومشروطة بغير وقت[٥].

٩- لو قال شخص لآخر: (إذا دخل رمضان فأنت وكيلي بتوزيع زكاة مالي)، صحت الوكالة؛ لأنَّ الوكالة تقبل التوقيت[٦].

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

(١) مجمع الضمانات لابن غانم ص ٢٦٠.
(٢) البحر الرائق لابن نجيم ٢٠٦/٦، مجمع الأنهر لشيخي زاده ١١٤/٢.
(٣) انظر: المبسوط ٧/١٩.
(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٣٧/٣، الجوهرة النيرة ٣٠٤/١.
(٥) انظر: التاج المذهب للعنسي ١٢٠/٤.
(٦) انظر: رد المحتار ٣٧١/٧.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٥٩

نص الضابط: الوَكَالَةُ لا تَفْسُدُ بِالشُّرُوطِ الفَاسِدَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة[٢].

٢- الوكالة لا يبطلها الشرط الفاسد[٣].

٣- الشرط الفاسد لا يعمل في الوكالة[٤].

٤- الشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة[٥].

صيغ ذات علاقة:

١- الفاسد من العقود الجائزة لا يُمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن[٦]. (أعم).

---

(١) العناية للبابرتي ٩/٢٤٨.

(٢) المبسوط للسرخسي ١١/١٥٨، رد المحتار لابن عابدين ٥/٢٥٢.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٥٥، الفروق للكرابيسي ٢/٣٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٨٦.

(٥) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحموي ٥/٤١٢.

(٦) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٢/٤٧٧.

٢- كل عقد اقتضى الأمانةلم يغيره الشرط[١]. (أعم).

٣- مبنى التوكيل على التوسعة[٢]. (تعليل).

٤- حمل العقد على الصحة أولى من حمله على الفساد[٣]. (تعليل).

٥- تعليق الوكالة بالشرط جائز[٤]. (مكملة).

٦- ما جاز تعليقه بالشرط لا تفسده الشروط الفاسدة[٥]. (أعم).

شرح الضابط:

المراد بـ(الشرط الفاسد): هو الذي لا يلائم العقد ومقتضاه[٦].

ومعنى الضابط: أن عقد الوكالة إذا تضمن شرطًا فاسدًا فإن الشرط يلغو ويصح العقد؛ لأنَّ حمل العقد على الصحة أولى من حمله على الفساد[٧].

فلو وكَّل شخصًا آخر ببيع سيارة مثلا بيعًا مؤجلا، واشترط على الوكيل أن المشتري إذا تأخر عن دفع قيمة السيارة في الموعد المحدد ففي كل شهر يزاد

---

(١) انظر: الشرح الكبير لأحمد الدردير٣/٤٣٦، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٣٢٨، المغني لابن قدامة ٥/٢٢١ - ٢٢٢، حاشية ابن عابدين ٤/٧٦٩، الجوهرة للعبادي ١/٣٥١، تبيين الحقائق ٥/٨٥، وانظر قاعدة: «كل ما كان أمانة أو مضمونًا لا يزول عن حكمه بالشرط» في قسم القواعد الفقهية.

(٢) العناية شرح الهداية ٨/٣٠، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤/٤٢٦، وانظر بلفظ: «الأصل حمل العقود على الصحة» في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٧/٥٠١، بدائع الصنائع للكاساني ٦/٣٨، البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢٠٦، رد المحتار ٥/٢٥٢، مجمع الضمانات لغانم البغدادي ص٢٦٠، وانظره بلفظ: «الوكالة تحتمل التعليق والإضافة» في قسم الضوابط الفقهية.

(٥) البحر الرائق ٦/٢٠٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) تكملة البحر الرائق للطوري ٨/١٩.

(٧) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤/٤٢٦.

عليه ألف ريـال مثلا، فهذا الشرط فاسد ومحرَّم؛ لأنَّه ربا؛ فيلغو الشرط وتصح الوكالة بالقيمة المتفق عليها من غير زيادة، وهذا ما ذهب إليه الحنفية وأحمد في أظهر الروايتين عنه وابن أبي ليلى والإباضية[(١)].

خلافًا لما هو مذكور لدى بعض الفقهاء - كالمالكية والشافعية والحنابلة في رواية، وابن حزم والزيدية والإمامية - مما يفيد أن الشرط الفاسد يمنع صحة عقد الوكالة[(٢)]، ومن أمثلة الشرط الفاسد:

ما لو قال الموكِّل للوكيل: (امنع المبيع من المشتري)؛ فإن الوكالة تفسد به؛ لأنَّ منع الحق عمن يستحق إثبات يده عليه حرام، وصح البيع بالإذن.

وقال الزركشي: العقود الجائزة كالشركة والوكالة والمضاربة، ففاسدها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن، لكن خصائصها تزول بفسادها؛ فلا يصدق عليها أسماء العقود إلا مقيدة بالفاسدة[(٣)].

وقال في موضع آخر: لو علق الوكالة على شرط وتصرف الوكيل بعد الشرط فالأصح الصحة، إلا أنه بطل خصوص الوكالة فيبقى عموم الإذن[(٤)].

وفائدة فساد الوكالة سقوط المسمى إنْ سمى له أجرة، والرجوع إلى أجرة المثل[(٥)].

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٥٦٧/٣، البحر الرائق ١٩١/٥، مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٣٩/٢٩، شرح النيل لأطفيش ٢٩٧/١٩.

(٢) انظر: التاج والإكليل للمواق ١٧٩/٧، وفيه: «شرط الموكل فيه: أن يكون معلومًا بالنص والقرينة أو العادة، فلو قال: وكَّلتك لم يفد حتى يقيَّد بالتفويض أو بأمر مخصوص»، أسنى المطالب ٢٦٩/٢، المغني لابن قدامة ٥٥/٥، القواعد لابن رجب ص٦٥، المحلى لابن حزم ١٩٤/١٢ وفيه: «إذا بطل الشرط بطل كل عقد لم يعقد إلا بذلك الشرط»، البحر الزخار ٣١١/٣، الروضة البهية للعاملي ٣٦٨/٤ وفيها: «كما لو شرط في الوكالة عوضًا مجهولا، كبع كذا على أن لك العشر من ثمنه، فتفسد الوكالة ».

(٣) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٤٠٩/٢ - ٤١٠.

(٤) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ١١٦/١.

(٥) انظر: الوسيط للغزالي ٢٨٤/٣.

وحذا كثير من الحنابلة حذو الشافعية في أن فساد الوكالة لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن، فقد قال ابن رجب: ظاهر كلام كثير من الأصحاب أن المخالفة من الوكيل تقتضي فساد الوكالة لا بطلانها، فيفسد العقد ويصير متصرفا بمجرد الإذن.

وقال أيضًا: العقود الجائزة كالشركة والمضاربة والوكالة، إن فسادها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالإذن، لكن خصائصها تزول بفسادها، فلا يصدق عليها أسماء العقود الصحيحة إلا مقيدة بالفساد[١]، وهذا هو قول الزركشي نفسه كما سبق.

أدلة الضابط :

١- قاعدة: «حمل العقد على الصحة أولى من حمله على الفساد»[٢]، فالأولى في الوكالة إذا شرط فيها شرط فاسد أن تُحمل على الصحة ويُلغى الشرط.

٢- ضابط: «مبنى التوكيل على التوسعة»[٣]، ومن التوسعة عدم فسادها بالشروط الفاسدة.

٣- قاعدة: «كل عقد اقتضى الأمانة لم يغيره الشرط»[٤]، والوكالة من عقود الأمانات، فلا يؤثِّر فيها الشرط الفاسد.

٤- لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط، وما جاز تعليقه بالشرط لا تفسده الشروط الفاسدة[٥].

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٦٥، الموسوعة الفقهية الكويتية ٤٥/١٨-١٩.
(٢) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١١١/٢.
(٣) العناية شرح الهداية ٣٠/٨.
(٤) انظر: الشرح الكبير ٤٣٦/٣، أسنى المطالب ٣٢٨/٢، المغني ٢٢١/٥ - ٢٢٢، حاشية ابن عابدين ٧٦٩/٤، الجوهرة ٣٥١/١، تبيين الحقائق للزيلعي ٨٥/٥.
(٥) انظر: البحر الرائق ٢٠٨/٦.

٥- لأن الشروط الفاسدة تؤثِّر في المبادلة المالية، والوكالة ليست بمعاوضة مالية؛ فلا تؤثر فيها الشروط الفاسدة[١].

٦- الوكالة لا تفسد بالشروط الفاسدة؛ لأنَّها من باب الإسقاطات، فإنَّ تصرف الوكيل في مال الموكِّل قبل التوكيل كان موقوفًا وحقًّا للمالك، فهو بالتوكيل قد أسقطه[٢].

تطبيقات الضابط:

١- لو وكَّله أن يزوجه امرأة وجعلها الوكيل طالقًا إن أخرجها الزوج من البلد فالنكاح جائز والشرط باطل؛ لأنَّه تصرف تصرفًا لم يأمره به، وهو تعليق طلاقها بالإخراج[٣].

٢- لو وكَّله في إيصال مبلغ لفلان واشترط على الوكيل ضمان المبلغ، فالشرط فاسد، لعدم وجوب الضمان على الوكيل، وما لا يجب ضمانه لا يصيره الشرط مضمونًا[٤].

٣- لو وكله واشترط لزوم الوكالة أو ألا يُعزل من الوكالة فالشرط باطل؛ لأنَّه ينافي مقتضى العقد؛ إذ مقتضى عقد الوكالة الجواز وعدم اللزوم[٥].

٤- لو شرط في الوكالة عوضا مجهولا فقال: (بع كذا على أن لك العشر من ثمنه) فهو شرط فاسد[٦].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٥/٢٠٨.

(٢) انظر: العناية شرح الهداية ٩/٢٤٨.

(٣) انظر: المبسوط ٦/٥٦٢.

(٤) انظر: المغني ٦/١٢٨.

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٥/١٢٦.

(٦) انظر: الروضة البهية للعاملي ٤/٣٦٨.

٥- لو شرط على الوكيل ألا يسلّم المبيع للمشتري فهو شرط فاسد؛ لأنَّ تسليم المبيع من مقتضى عقد البيع.

٦- لو وكَّله واشترط على الوكيل أنه لا يجوز له التصرف الذي وكَّله فيه، فهو شرط فاسد؛ لأنَّه يخالف مقتضى عقد الوكالة، وهو جواز تصرف الوكيل فيما وكِّل فيه.

براء الإدلبي

* * *

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٦٠

نص الضابط: مَنْ صَحَّ تَصَرُّفُهُ فِي شَيْءٍ صَحَّ تَوْكِيلُهُ وَتَوَكُّلُهُ فِيهِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- من لا يجوز تصرفه لا يجوز توكيله ولا وكالته[(٢)].

٢- كل ما جاز للإنسان أن يباشره صح أن يوكِّل فيه[(٣)].

٣- من ملك أن يباشر شيئًا بنفسه ملك إسناده إلى غيره[(٤)].

صيغ ذات علاقة:

١- من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه[(٥)]. (أعم).

٢- الأصل أن من امتنعت عنه المباشرة تمتنع عليه الاستنابة[(٦)]. (تكامل).

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٧٧/٣ وأصل العبارة: «من صح تصرفه في شيء تجوز له فيه الوكالة بنفسه صح توكيله وتوكله فيه»، وانظر: المغني ٢٥٨/٨.

(٢) الأشباه والنظائر لابن السبكي ٣٢٥/١، الأشباه والنظائر لابن الوكيل ق ٢ ص ٤٥١.

(٣) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري ٦٥٦/٦.

(٤) فتاوى دار الإفتاء ٢٢٨٠/٦.

(٥) المنثور ٢١١/٣، وبلفظ: «من لا يملك تصرفًا لا يملك الإذن فيه» قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٨٣/٢، وانظرها بنفس اللفظ في قسم القواعد الفقهية.

(٦) التمهيد للإسنوي ٢٤٤/١.

٣- كل ما جاز للإنسان أن يليه بنفسه وتصح النيابة فيه يصح أن يكون فيه وكيلا[١]. (أخص).

٤- النيابة لا تدخل في النية[٢]. (استثناء).

٥- الأصل عدم النيابة في العبادة البدنية[٣]. (استثناء).

شرح الضابط :

يفيد هذا الضابط أن الإنسان إذا كانت له أهلية في مباشرة شيء ما، فإنه يجوز له أن يوكِّل وينيب غيره فيه، كما يجوز له أيضًا أن يكون وكيلا عن غيره في القيام بذلك الشيء.

ويستثنى من هذا العبادات البدنية المحضة مثل الصلاة والصوم، فإنها تصح من المكلف عن نفسه، ولا يصح أن يستنيب غيره في تحصيلها عنه[٤]، ويستثنى من هذا أيضًا: حالة الضرورة - فعند الشافعية لا يجوز بيع الأعمى ولا شراؤه فيما يشترط لصحته الرؤية، لكن يجوز أن يوكِّل غيره في ذلك؛ للضرورة[٥].

ويؤخذ من مفهوم الضابط : أن الذي لا يملك التصرف، لصغره أو لكونه محجورًا عليه، أو لغير ذلك من الأسباب، فإنه لا يجوز له أن يوكِّل غيره، ولا

---

(١) انظر: القواعد الفقهية عند الإمامية ١/٤٤٧، وانظر الضابط: «ما تجوز فيه النيابة تصح فيه الوكالة، وما لا، فلا» في قسم الضوابط الفقهية.

(٢) فتح الباري لابن حجر ١/١٤.

(٣) البحر المحيط للزركشي ٢/١٦٧، وانظر الضابط: «الأصل في العبادات امتناع النيابة» في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي ٢/١٥٢.

(٥) انظر: المجموع للنووي ٩/٣٦٦.

أن يتوكَّل عن غيره؛ لأنَّ فاقد الشيء لا يعطيه، وهذا ما عليه جمهور الفقهاء[١].

وذهب ابن حزم إلى أنه لا تجوز وكالة على طلاق، ولا على رجعة، ولا على إقرار، ولا على إنكار، ولا على عقد الهبة؛ لأنَّه لا يجوز أن يتكلم أحد عن أحد إلا حيث أوجب ذلك نص، ولا نص على جواز الوكالة في شيء من هذه الوجوه[٢].

وتجدر الإشارة هنا إلى: أن الإذن من الأمور المرتبطة بالوكالة، وهو أعم منها؛ وعليه فمن لا يملك التصرف في شيء لا يملك الإذن فيه أيضًا[٣].

أدلة الضابط:

١- قاعدة: «الأصل في العقود الصحة»[٤]، وهذه قاعدة عامة مطردة يندرج تحتها عقد الوكالة والضوابط المتعلقة به.

٢- تعامل السلف بهذا النوع من العقود، ومما يؤيد ذلك ما رَوى البخاري أن عمر بن الخطاب وابنه عبد الله وكَّلا في الصَّرف[٥].

٣- من لا يصح تصرفه في شيء لنفسه لا يصح توكيله لغيره أو توكِّله عن

---

(١) انظر: تكملة فتح القدير لقاضي زاده ٦/٨، حاشية ابن عابدين لمحمد أمين ٤/٤٠٠، البحر الرائق لابن نجيم ٧/١٤٠، مواهب الجليل للحطاب ٥/١١٨، نهاية المحتاج للرملي ٥/١٨، ١٩، مغني المحتاج للخطيب الشربيني٢/٢١٧، الإنصاف للمرداوي ٥/٣٥٥، كشاف القناع للبهوتي ٣/٤٦٢، المغني مع الشرح الكبير لابن قدامة ٥/٢٠٢، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/٧٢، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٩/٤٩٧، القواعد الفقهية عند الإمامية ١/٤٤٦.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٦/٤٨٧.

(٣) انظر: المنثور للزركشي ٣/٢١١.

(٤) المبسوط ٢٢/٩٠، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر١/٤٨٢، شرح الخرشي٦/٤٢، شرح منتهى الإرادات ٢/٥٦، القواعد لابن رجب ص ٣٤٠.

(٥) علقه البخاري في صحيحه ٣/٩٨، وذكر ابن حجر في الفتح ٤/٤٨١ أن الأثرين جميعا قد أخرجهما سعيد بن منصور في سننه، قال: وإسناد كل منهما صحيح.

غيره؛ لأنَّ تصرف الإنسان لنفسه أقوى من تصرفه لغيره، فإذا لم يملك الأقوى لم يملك ما دونه بالأولى، وهو توكيله لغيره أو توكُّله عنه[١].

تطبيقات الضابط :

١- يجوز توكيل الصبي المميز وتوكُّله في التصرفات النافعة له نفعًا محضًا؛ لصحة تصرفه فيها، ولا يجوز توكيله أو توكُّله فيما كان ضاراً به ضررًا محضًا؛ لعدم صحة تصرفه فيها[٢].

٢- لا يجوز لشخص توكيل امرأة في عقد النكاح له؛ لأنَّه لا يجوز لها أن تزوج نفسها؛ فلا يجوز لها أن توكَّل فيه، وإنما وليها هو من يزوجها، وهذا عند الجمهور خلافًا لأبي حنيفة[٣].

٣- ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجوز توكيل المـُحرِم لشخص غير مُحرِم في عقد النكاح له؛ لأنَّ المحرم لا يجوز له أن يعقد النكاح لنفسه[٤].

٤- لو وكَّل مسلمٌ كافرًا في عقد نكاح له على مسلمة إيجابًا أو قبولا لا يصح التوكيل؛ لأنَّ الكافر لا يجوز له أن يتزوج مسلمة، فلا يكون وكيلا في تزويجها[٥].

---

(١) انظر: نهاية المحتاج ١٩/٥.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية٣/٥٦١، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣/٣٨٤، مغني المحتاج٢/٢١٧، كشاف القناع ٣/٤٦٣، الإنصاف للمرداوي ٥/٣٥٥.

(٣) انظر: البدائع ٢/٢٤٧، بداية المجتهد ٢/١٠، نهاية المحتاج ٦/٢١٩ – ٢٢٠، المغني ٧/٣٣٧.

(٤) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٧/٤٠٩، مغني المحتاج ٢/١١، ٢١٧ - ٢١٨، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٦/١٦١.

(٥) انظر: حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري ٦/٦٥٨.

٥- ذهب الشافعية والمالكية والحنابلة وصاحبا أبي حنيفة إلى أنه لا يصح توكيل مسلم ذميًّا في بيع الخمر والخنزير وشرائهما؛ لأنَّ المسلم لا يجوز له بيع الخمر والخنزير ولا شراؤهما[١].

٦- لا تجوز الوكالة من المحجور عليه لسفه فيما لا يستقل به من التصرفات، أما ما يستقل به من التصرفات، كالطلاق والخلع وطلب القصاص إذا ثبت له، فإنه يجوز أن يوكِّل فيه[٢].

٧- لا يجوز تصرف المعتوه في شيء لنفسه؛ فلا يصح توكيله لغيره، ولا توكُّله عن غيره[٣].

٨- لا تصح الوكالة في بيع ما سيملكه الإنسان؛ لأنَّ الموكَّل به غير موجود حين التوكيل، والمعدوم لا يصح التصرف فيه بالبيع[٤].

٩- لو أن غاصبًا استناب غيره بالتصرف في الأشياء المغصوبة، فإن هذه الاستنابة لا تصح؛ لأنَّ كل محرم فعله لا تجوز النيابة فيه[٥].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: تبيين الحقائق ٤/٢٥٤، حاشية ابن عابدين ٤/٤٠٠، عقد الجواهر الثمينة ٢/٦٧٨، مغني المحتاج ٢/١١، ٢١٧ - ٢١٨، الإنصاف ٣/٤٣٤، مطالب أولي النهى ٣/٤٣٤.

(٢) انظر: البحر الرائق٧/١٤٩، نهاية المحتاج٥/١٥، مغني المحتاج ٢/٢١٧، حاشية الجمل ٣/٤٠٣، المغني ٥/٨٠٨، المبدع ٤/٣٥٦، القواعد الفقهية عند الإمامية ١/٤٤٧.

(٣) انظر: نهاية المحتاج ٥/١٩، القواعد الفقهية عند الإمامية ١/٤٤٦.

(٤) انظر: مطالب أولي النهى ٩/٣٣٧.

(٥) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٦/٥٦.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٦١

نص الضابط: مَا تَجُوزُ فِيهِ النِّيَابَةُ تَصِحُّ فِيهِ الوَكَالَةُ، وَمَا لا، فَلا[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- تصح الوكالة في كل أمر يقبل النيابة شرعًا[٢].

٢- الوكالة تصح فيما يقبل النيابة[٣].

٣- من صح تصرفه في شيء تدخله النيابة صحت وكالته فيه[٤].

٤- كل ما صح أن يستوفيه بنفسه وتدخله النيابة صح أن يتوكَّل لغيره فيه[٥].

٥- من ملك التصرف فيما تدخله النيابة في حق نفسه جاز أن يتوكَّل فيه لغيره[٦].

---

(١) انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٦/٦٨، إدرار الشروق لابن الشاط ٤/٢٨.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٣/٣٧٧.

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ٦/٦٨ وانظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٧٧.

(٤) الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ١/٤٨٢.

(٥) المغني لابن قدامة ٥/٥١.

(٦) تكملة المجموع (شرح المهذب) للمطيعي ١٤/١٠٣.

صيغ ذات علاقة:

١- تجوز الوكالة في سائر عقود المعاملات[١]. (أخص).

٢- الأصل امتناع النيابة في العبادات البدنية[٢]. (أخص).

٣- يجوز التوكيل في تحصيل المباحات[٣]. (أخص).

٤- لا تصح النيابة في المعاصي[٤]. (أخص).

شرح الضابط:

(النيابة) في الاصطلاح: قيام الإنسان عن غيره بفعلٍ أمر[٥]، ومدلول النيابة بهذا المعنى أعمُّ من مدلول الوكالة ـ السابق ذكره في ضابط متقدِّم ـ لصدق النيابة على ما لا تصدق عليه الوكالة؛ فإن النيابة تصدق على إمام الطاعة والوصية، ولا تصدق الوكالة على ذلك[٦]، ولأن النيابة قد تكون اتفاقية، وهذا ما يصدق على الوكالة، وقد تكون إجبارية، وهذا ما يصدق على بعض الولايات، وفيها ينوب الشخص عن غيره بلا رضاه أو علمه؛ حيث أجاز الشرع ذلك أو قضت الضرورة به، ومما تقرر في ذلك: أن العاجز عن الأمر والفعل تجوز النيابة عنه بغير أمره[٧].

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي ص ٣٤٨.

(٢) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين للنووي ٣/٥٢٣، وانظرها بلفظ: «الأصل في العبادات امتناع النيابة» في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المغني ٥/٥٢.

(٤) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٥/١٩٠.

(٥) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/١٥، قواعد الفقه للبركتي ص ٥١٩.

(٦) شرح حدود ابن عرفة ص ٢٣٠.

(٧) انظر: التجريد للقدوري ٤/١٦٤٦، المجموع للنووي ٧/٧٥، عمدة القارئ للعيني ١٠/٢١٥، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/٦٧.

وقيل: إن النيابة والوكالة باعتبار المحل متساويان، وهذا القول لابن رشد والقاضي عياض، ولا يلزم من تساويهما في المحل تساويهما في المفهوم، فهما فيه متغايران[١].

ويفيد هذا الضابط: أن كل ما كان قابلا للنيابة تجوز فيه الوكالة، فمثلا: العقود المالية تقبل النيابة فيجوز التوكيل فيها، وأن كل ما لا يقبل النيابة لا تجوز الوكالة فيه، فالصلاة مثلا لا يجوز نيابة أحد عن أحد فيها؛ فلا يجوز التوكيل فيها[٢].

وعلى هذا؛ فإن الأمور بين الفقهاء باعتبار ما يصح فيه التوكيل ومالا يصح، وما هو مختلف في صحته على أقسام ثلاثة، بيانها كالتالي:

القسم الأول: الأمور التي يصح التوكيل فيها باتفاق الفقهاء:

أولاً: **العقود**: اتفق الفقهاء على جواز التوكيل في البيع والشراء[٣] وغيرهما من المعاملات[٤]، كما اتفق الفقهاء على صحة التوكيل في عقد النكاح من الرجل[٥].

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٣/٢٧٧، حاشية الصاوي ٣/٥٠١.

(٢) انظر: تكملة فتح القدير لقاضي زاده ٨/١٤٩، حاشية الدسوقي ٣/٣٧٧، الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي١/٤٨٢، الشرح الكبير لابن قدامة ٥/٢٠٤، المحلى لابن حزم ٦/٤٨٣، التاج المذهب لأحكام المذهب لابن المرتضى ٦/٢٩٩-٣٠٣، شرح النيل لأطفيش ١٨/٥٣، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٣/٩٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/٣٩، حاشية الدسوقي٣/٣٧٧، نهاية المحتاج٥/٢٢-٢٥، المغني٥/٥٢، روضة القضاة للسمناني٢/٦٣٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/٣٩، الفتاوى الهندية ٣/٥٦٤، حاشية الدسوقي ٣/٣٧٧، نهاية المحتاج ٥/٢٣، كشاف القناع ٣/٤٦١، المغني مع الشرح الكبير ٥/٥٢، روضة القضاة للسمناني ٢/٦٣٤ وسيأتي تفصيل الكلام في ذلك في ضابط: «يصح التوكيل في سائر العقود والفسوخ».

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٦/٣٩، حاشية الدسوقي ٣/٣٧٧، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/٣٤٩، مغني المحتاج ٢/٢٢٠، المغني ٥/٥٢.

ثانيًا : العبادات المالية: اتفق الفقهاء على جواز التوكيل في العبادات المالية، كالزكاة، والصدقات[١].

ثالثًا : الطلاق والرجعة والخلع: اتفق الفقهاء على جواز التوكيل في الطلاق، والرجعة، والخلع؛ لأنَّ الحاجة داعية إلى ذلك كدعائها إلى التوكيل في البيع والنكاح[٢].

القسم الثاني : الأمور التي لا يصح التوكيل فيها بالاتفاق:

أولاً : **الشهادة** : اتفق الفقهاء على عدم جواز التوكيل في الشهادة، فلو قال الشاهد لغيره: (وكَّلتك لتشهد عني في كذا)، لم يصح ذلك؛ لأنَّها تتعلق بعين الشاهد؛ لكونها خبرًا عما رآه أو سمعه، ولا يتحقق هذا المعنى في نائبه، ولأنها مبنية على التعبد واليقين الذي لا تمكن النيابة فيه[٣].

ثانيًا : **الأيمان والنذور** : اتفق الفقهاء على عدم جواز التوكيل في الأيمان والنذور[٤].

ثالثًا : **المعاصي** : مثل: القتل والسرقة والغصب والقذف، ونحو ذلك[٥].

رابعًا : **العبادات البدنية** : اتفق الفقهاء على عدم جواز التوكيل في العبادات البدنية المحضة، أي التي ليس لها تعلق بالمال، كالصلاة والصيام؛

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٩/٦، بداية المجتهد ٣٤٩/٢، نهاية المحتاج ٢٣/٥، كشاف القناع ٤٤٥/٢.

(٢) انظر: بدائأع الصنائع ٣٩/٦، حاشية الدسوقي ٣٧٧/٣، نهاية المحتاج ٢٣/٥، المغني مع الشرح ٢٠٤/٥.

(٣) انظر: تبيين الحقائق٢٣٨/٤، الفروق للقرافي ٢٦/٤ ـ ٢٧، جواهر الإكليل ١٢٥/٢، نهاية المحتاج ٢٢/٥، كشاف القناع ٤٦١/٣ - ٤٦٤، الإنصاف ٣٥٨/٥.

(٤) انظر: روضة القضاة للسمناني ٦٣٦/٢، جواهر الاكليل ١٢٥/٢، الفروق للقرافي ٢٦/٤، نهاية المحتاج ٢٣/٥، المغني مع الشرح الكبير ٢٠٥/٥، الإنصاف ٣٥٨/٥.

(٥) انظر: شرح الخرشي ٧٠/٦، حاشية الدسوقي ٣٨٠/٣، جواهر الإكليل ١٢٦/٢، نهاية المحتاج ٢٣/٥، مغني المحتاج ٢٢٠/٢، المغني٥٢/٥.

لأنَّها تتعلق ببدن من وجبت عليه؛ فلا يقوم غيره مقامه فيها[١].

القسم الثالث: الأمور المختلف في التوكيل فيها:

أولاً: الحج: اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز التوكيل في الحج من الإنسان القادر على الحج بنفسه، أما العاجز عن الأداء بنفسه: فقد ذهب الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) إلى مشروعية الحج عن الغير وقابليته للنيابة، وذهب مالك على المعتمد في مذهبه إلى أن الحج لا يقبل النيابة لا عن الحي ولا عن الميت، معذورًا أو غير معذور[٢].

ثانيًا: العمرة: ذهب الفقهاء في الجملة إلى أنه يجوز أداء العمرة عن الغير، ولهم في ذلك تفصيل: ذهب الحنفية إلى أنه يجوز أداء العمرة عن الغير بأمره؛ لأنَّ جوازها بطريق النيابة، والنيابة لا تثبت إلا بالأمر، وذهب المالكية إلى أنه تكره الاستنابة في العمرة وإن وقعت صحت، وقال الشافعية: تجوز النيابة في أداء العمرة عن الغير إذا كان ميتًا أو عاجزًا عن أدائها بنفسه، وذهب الحنابلة إلى أنه لا تجوز العمرة عن الحي إلا بإذنه، وتجوز عن الميت[٣].

ثالثًا: النكاح من المرأة: ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز للمرأة أن توكِّل ولا أن تتوكَّل في الزواج[٤]، وذهب الحنفية إلى جواز ذلك[٥].

رابعًا: الظهار: ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والحنابلة، والمالكية في المذهب، والشافعية في الأصح: إلى عدم جواز التوكيل في الظهار بأن يقول

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٣٨/٢، حاشيتي قليوبي وعميرة ٧٦/٣، مطالب أولي النهى ٢٧٣/٢.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٣٠٨/٢، حاشية الدسوقي ١٨/١، مغني المحتاج ٤٦٨/١ - ٤٦٩، المغني ٢٢٧/٣ - ٢٢٨.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢١٣/٢، ٢١٤، منح الجليل ٤٤٩/١، مغني المحتاج ٤٦٨/١ وما بعدها، المجموع ١٢٠/٧، المغني لابن قدامة ٢٣٤/٣.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٢١٨/٢، ١٤٧/٣، ١٥٧، المغني ٤٤٩/٦.

(٥) انظر: البحر الرائق ١٥٣/٣.

الوكيل: (أنت على موكِّلي كظهر أمه)؛ لأنَّه قول منكر وزور؛ فلا يجوز فعله ولا الاستنابة فيه، ومقابل الأصح عند الشافعية: أنه يصح التوكيل فيه[(١)].

خامسًا: تحصيل المباحات: كإحياء الموات، وإسقاء الماء، والاصطياد[(٢)].

سادسًا: الإقرار: ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة والشافعية في مقابل الأصح إلى أنه يجوز التوكيل بالإقرار في الحقوق، فلو قال شخص لآخر: (وكَّلتك لتقر عني لفلان بكذا)، جاز هذا التوكيل، وذهب الشافعية في الأصح عندهم إلى عدم جواز التوكيل في الإقرار[(٣)].

سابعًا: الخصومة بالمطالبة بالحقوق: ذهب المالكية والشافعية والحنابلة والصاحبان من الحنفية إلى جواز التوكيل بالخصومة في الدين والعين وسائر الحقوق، حاضرًا كان الموكِّل أو غائبًا، صحيحًا أو مريضًا، رضي الخصم أو لم يرضَ.

واستثنى المالكية من هذا الحكم: ما إذا كان الوكيل عدوًّا للخصم؛ فلا يجوز توكيله ما لم يرضَ الخصم عليه[(٤)]، وذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز التوكيل بالخصومة في إثبات الدين والعين وسائر الحقوق إلا برضاء الخصم[(٥)].

---

(١) انظر: روضة القضاة للسمناني ٢/٦٣٦، جواهر الإكليل ٢/١٢٥، نهاية المحتاج ٥/٢٣، مغني المحتاج ٢/٢٢٠، الإنصاف ٥/٣٥٨، المغني ٥/٢٠٥.

(٢) انظر: الفتاوى الهندية ٣/٥٦٤، روضة القضاة ٢ - ٦٣٥، مواهب الجليل ٥/١٨١، مغني المحتاج ٢/٢٢١، الإنصاف ٥/٣٥٧ ـ ٣٥٨.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/٣٩، حاشية الدسوقي ٣/٣٧٩، حاشية الجمل٣/٤٠٤، مطالب أولي النهى ٣/٤٣٨.

(٤) انظر: الهداية ٧/٥٠٧، البحر الرائق ٧/١٤٣ - ١٤٤، الفتاوى الهندية ٣/٥٦٤، حاشية ابن عابدين ٥/٥١٢، بدائع الصنائع ٦/٣٩، حاشية الدسوقي ٣/٣٧٨، شرح الخرشي ٦/٦٩، ٧٧، نهاية المحتاج ٥/٢٤، مغني المحتاج ٢/٢٢٢، المغني ٥/٢٠٥، مطالب أولي النهى ٣/٤٤٢.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٦/٣٩.

ثامنًا: إثبات القصاص واستيفاؤه[١]، وكذلك إثبات الحدود واستيفاؤها[٢]، وتحرير ذلك موضعه كتب الفروع.

أدلة الضابط:

أولاً: الأدلة على جواز الوكالة فيما يقبل النيابة:

١- قول الله تعالى: ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴾ [النجم: ٣٩].

وجه الدلالة: أن العاملين على الزكاة من الأصناف الثمانية الذين يجوز لهم الأخذ من الزكاة، والعاملون على الزكاة ما هم إلا نواب ووكلاء من قِبل ولي الأمر؛ فدل على جواز النيابة والوكالة في أخذ الزكاة.

٢- ما ورد عن عروة بن أبي الجعد البارقي، رضي الله عنه، أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، فجاء بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه[٣].

ففي هذا الحديث دليل على جواز الوكالة في الشراء، وأنه يقبل النيابة.

---

(١) انظر: فتح القدير ١٠٥/٦، بداية المجتهد٣٠٢/٢، مغني المحتاج ٢٢١/٢، نهاية المحتاج ٢٥/٥، المغني مع الشرح الكبير ٢٠٧/٥، المبدع ٣٥٩/٤، الإنصاف ٣٦١/٥، كشاف القناع ٤٦٥/٣-٤٦٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣٩/٦ وما بعدها، الفتاوى الهندية ٥٦٤/٣، المهذب ٣٥٦/١، مغني المحتاج ٢٢١/٢، الإنصاف ٣٦٠/٥، المغني مع الشرح الكبير ٢٠٦/٥، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٩/٤٥ وما بعدها.

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٢٠٧/٤ (٣٦٤٢).

٣- حديث: أعطى النبي ﷺ عقبة بن عامر غنمًا يقسمها على صحابته[١].

٤- عن أبي هريرة، رضي الله عنه، أنه قال: «وكّلني النبي ﷺ بحفظ زكاة رمضان»[٢]؛ فحفظ الزكاة يقبل النيابة وتجوز الوكالة فيه.

ثانيًا: الأدلة على عدم جواز الوكالة فيما لا يقبل النيابة، كالعبادات البدنية المحضة:

١- قول الله تعالى: ﴿ وَأَن لَّيْسَ لِلْإِنسَٰنِ إِلَّا مَا سَعَىٰ ﴾ [النجم: ٣٩].

وجه الدلالة: أن كل إنسان لا ينال إلا جزاء عمله وسعيه، ولا يُجزى بعمل غيره، ومن ذلك العبادات البدنية المحضة، كالصلاة؛ فلا يجوز قيام أحد بها عن غيره.

٢- قول عبد الله بن عباس، رضي الله عنهما: «لا يصلي أحد عن أحد، ولا يصوم أحد عن أحد»[٣].

٣- هذه العبادات تتعلق ببدن من وجبت عليه؛ فلا يقوم غيره مقامه فيها، ولأن المقصود منها الابتلاء والاختبار وإتعاب النفس، وذلك لا يحصل بالتوكيل[٤].

---

(١) رواه البخاري ٩٨/٣ (٢٣٠٠) وفي مواضع، ومسلم ١٥٥٥/٣-١٥٥٦ (١٩٩٥)/(١٦).

(٢) رواه البخاري تعليقًا ١٠١/٣(٢١١١) و ١٢٣/٤(٣٢٧٥) و ١٨٨/٦(٥٠١٠)، وقد وصله النسائي في الكبرى ٢٥٠/٩-٢٥١(١٠٧٢٩)، وعمل اليوم والليلة له ص ٥٣٢ (٩٥٩)، ورواه ابن خزيمة في صحيحه ٩١/٤-(٢٤٢٤).

(٣) رواه النسائي في الكبرى ٢٥٧/٣ (٢٩٣٠)، والطحاوي في شرح مشكل الآثار ١٧٦/٦ (٢٣٩٧).

(٤) انظر: نهاية المحتاج ٢٢/٥.

تطبيقات الضابط :

١- تجوز الوكالة في سائر المعاملات، كالبيع والشراء والإجارة والحوالة ونحوها؛ لأنَّها مما تجوز فيه النيابة[١].

٢- النكاح كما ينعقد بطريق الأصالة ينعقد بطريق النيابة بالوكالة؛ لأنَّ تصرف الوكيل كتصرف الموكِّل[٢].

٣- يجوز التوكيل في الطلاق، حاضرًا كان الموكِّل أو غائبًا[٣].

٤- تجوز الاستنابة في الإمامة والتدريس وسائر الوظائف التي تقبل النيابة[٤].

٥- تجري النيابة في التحليف، ولكن لا تجري في اليمين، ولوكلاء الدعاوى أن يُحلِّفوا الخصم، ولكن إذا توجهت اليمين إلى موكِّليهم يلزم تحليف الموكِّلين بالذات، ولا يحلف وكلاؤهم[٥].

٦- يجوز التوكيل في دفع المنذورات المالية[٦].

٧- يجوز التوكيل في دفع الكفارات؛ لأنَّها من العبادات المالية[٧].

---

(١) انظر: تكملة المجموع للمطيعي ٩٣/١٤، الشرح الكبير لابن قدامة ٢٠٥/٥.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٣١/٢.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤٩/٧، الشرح الكبير لابن قدامة ٢٠٥/٥.
(٤) انظر: تكملة المجموع شرح المهذب ١٢٣/١٥.
(٥) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤٩٧/٤.
(٦) انظر: بدائع الصنائع ٣٩/٦، الفتاوى الهندية ٥٦٤/٣، حاشية الدسوقي ٣٧٧/٣، مغني المحتاج ٢٢٠/٢، كشاف القناع ٤٤٥/٢.
(٧) انظر: بدائع الصنائع ٣٩/٦، حاشية الدسوقي ٣٧٧/٣، نهاية المحتاج ٢٣/٥، مغني المحتاج ٢٢٠/٢، كشاف القناع ٤٤٥/٢.

٨- لا يجوز التوكيل في الطهارة من الحدث؛ لأنَّها تتعلق ببدن من وجبت عليه؛ فلا يقوم غيره مقامه فيها[١].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢/٢٣٨، نهاية المحتاج ٥/٢٢، حاشية القليوبي وعميرة ٣/٧٦، مطالب أولي النهى ٢/٢٧٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٦٢

نص الضابط: الوَكَالَةُ عَلَى المَعْصِيَـةِ بَاطِلَةٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- يمتنع التوكيل فيما كان محرمًا بأصل الشرع[٢].

٢- لا تجوز الوكالة في المعاصي[٣].

٣- الوكالة إنما تصح في كل أمر يقبل النيابة شرعًا[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- ما لا تجوز فيه النيابة لا تصح فيه الوكالة[٥]. (أعم).

٢- الامتناع عن المعصية فرض[٦]. (أعم).

٣- التقرير على المعصية معصية[٧]. (معللة).

---

(١) حاشية الدسوقي ٣/ ٣٨٠.

(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٥/ ٢٣، تحفة المحتاج لابن حجر العسقلاني ٥/ ٣٠٤، ٣٠٥.

(٣) منح الجليل لعليش ٦/ ٣٦٥.

(٤) حاشية الدسوقي ٣/ ٣٧٩.

(٥) أنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي ٧/ ٧٧.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ١/ ٩١، وانظره بلفظ: «ما تجوز فيه النيابة تصح فيه الوكالة، وما لا، فلا» في قسم الضوابط الفقهية.

(٧) المبسوط للسرخسي ١٤/ ١١٥، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح الضابط:

المقصود بـ(المعصية): هي المحظور الذي نهى الله عنه، ومقت فاعله عليه[١]، والأصل الثابت المستقر: أنَّ التحرز عن ارتكاب المعصية فرض[٢]، المدلول عليه بقول الله تعالى: ﴿وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ وَلَا مُؤْمِنَةٍ إِذَا قَضَى ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ أَمْرًا أَن يَكُونَ لَهُمُ ٱلْخِيَرَةُ مِنْ أَمْرِهِمْ ۗ وَمَن يَعْصِ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ فَقَدْ ضَلَّ ضَلَٰلًا مُّبِينًا﴾ [الأحزاب: ٣٦].

والمراد بـ(بطلان التصرف): أي ذهابه وتلاشيه في حق الحكم، فالتصرف الباطل لا حكم له، فهو ملحق بالعدم[٣].

ولقد جاء هذا الضابط متفرعًا على الأصول المذكورة، مقررًا أن التوكيل إذا كان موضوعه فعل أمر منهي عنه شرعًا، فإنه لا يرتب حقًا ولا ينشئُ حكمًا؛ لما في تنفيذه من اشتغال بالمعصية، والشخص مأمور بالتحرز عن المعاصي.

وهذا الضابط جارٍ معناه في مذاهب الفقهاء، مرعي فيما أوردوه من تطبيقات، ويشمل كل وكالة وقعت على فعل محرَّم بأصل الشرع، كالخمر والقتل والزنا، ونحو ذلك كما سيتضح من تطبيقات الضابط[٤].

واختلف الفقهاء في جريان الضابط في الأفعال المحرمة لعارض، كالطلاق في زمن الحيض، والتوكيل بالبيع وقت النداء يوم الجمعة، فأكثر

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ٣/٦٦١.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ٣/٢٧١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٤/١٣٧، ٧/٣٣٤، تبيين الحقائق للزيلعي٦/٧٩، حاشية ابن عابدين ٦/٤٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٣٧، ٧/٣٣٤، منح الجليل ٦/٣٦٥، حاشية الدسوقي ٣/٣٨٠، نهاية المحتاج ٥/٢٣، المغني لابن قدامة ٥/٢٠٥، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/١٨٧، شرح النيل لأطفيش ٩/٤٩٨، المحلى لابن حزم ٦/٤٨٧، شرح الأزهار لابن مفتاح ٤/٣٣٩، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٣/١٠٢.

الفقهاء يقولون: إن مباشرة هذه الأفعال أو التفويض فيها يوجب التأثيم، ولا يلغي المقاصد الدنيوية التي يرتبها التصرف، كوقوع الطلاق وصحة البيع، وخالف بعض الفقهاء: فمنهم من يرى أن هذا التصرف يوجب التأثيم والبطلان، وبه قال أهل الظاهر والشيعة الإمامية وبعض الحنابلة، ومنهم من يرى أن التصرف صحيح مرتب لأثره، وإن تعلقت به الكراهة، وبه قال الشافعية وبعض المالكية[(١)].

أدلة الضابط :

١- القواعد الشرعية التي تفيد أن التقرير على المعصية معصية[(٢)]، وأن الإعانة على المعصية معصية المدلول عليها بعموم قول الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾[المائدة: ٢]، الآية دليل على الضابط الذي بين أيدينا؛ لأنَّ الواجب على الوكيل أن يأمر بالمعروف وينهى عن المنكر، فإذا اشتغل بالوكالة في معصية، فقد أقر بها وأعان عليها، وأتى بضد ما هو واجب عليه.

٢- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُن لِّلْخَائِنِينَ خَصِيمًا ﴿١٠٥﴾ وَاسْتَغْفِرِ اللَّهَ ۖ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا﴾ [النساء: ١٠٥-١٠٦]، في الآية نهى الله تعالى الشخص أن يكون وكيلا في الخصومة عن الخائن المبطل؛ فدل ذلك على أن الوكالة في المعصية محظورة باطلة لا تصح[(٣)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٩٦/٣، ٩٧، العناية للبابرتي ٤٧١/٣، الجوهرة النيرة للعبادي ٣١/٢، حاشية الدسوقي ٣٨٠/٣، مغني المحتاج ٢٣٧/٣، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢٦١/٢، الإنصاف للمرداوي ٤٤٨/٨، المحلى لابن حزم ٣٦٣/٩، البحر الزخار لابن المرتضى ١٦٤/١، التاج المذهب للعنسي ١١٨/٤، شرائع الإسلام للحلي ١٣/٣.

(٢) المبسوط للسرخسي ١١٥/١٤.

(٣) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ٤٧٥/٢.

تطبيقات الضابط :

١- لا تصح الوكالة بالسرقة والغصب والقذف وقتل العمد العدوان[١]؛ لأنَّ الوكالة على المعصية باطلة.

٢- إذا وكَّله في بيع فاسد، كبيع الخمر أو الكلب أو الخنزير، أو بيع ما لا يملك كالمغصوب، أو بيع الثمر قبل بدوٍّ صلاحه، أو بيع مباح بمحرم، أو باع بما لا يتغابن الناس بمثله، أو أعطاه دراهم ليُسْلِم فيما لا يجوز السَّلَم فيه كاللحم والثياب بطلت الوكالة؛ لأنَّ الشرع لم يأذن فيه للموكِّل فكان الحظر على الوكيل، وما كان محظورًا على الوكيل لنفسه كان محظورًا عليه نيابة لغيره[٢].

٣- لا يجوز توكيل مشرك في شراء مصحف[٣]؛ لما في مس المشرك للمصحف حرمة، ولا تجوز الوكالة على فعل محرم.

٤- لا تصح وكالة في ظهار؛ لأنَّه قول منكر وزور محرَّم[٤]، والوكالة لا تجوز في الأمر المحرم.

٥- لا يجوز قبول الوكالة عن المدعي الذي يدعي الباطل، ولا المجادلة عنه بغير حق[٥]؛ لما في ذلك من معصية الله ورسوله، والوكالة على المعصية لا تصح.

---

(١) انظر: مواهب الجليل للحطاب ١٩٠/٥، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢٦١/٢.

(٢) انظر: أسنى المطالب ٢٧٤/٢.

(٣) انظر: شرح النيل لأطفيش ٤٩٨/٩.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٨٧/٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ٤٤١/٣.

(٥) انظر: مواهب الجليل ١٨٥/٥.

٦- لا يصح توكيل المُحرِم فيما ليس للمحرِم أن يفعله، كابتياع الصيد وإمساكه وعقد النكاح[١]؛ لأنَّ ذلك معصية، والوكالة على المعصية لا تجوز.

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

(١) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ١٠٢/٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٦٣

نص الضابط: الأَصْلُ أَنَّ الـجَهَالَةَ اليَسِيرَةَ تُتحَمَّلُ فِي الوَكَالَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الجهالة اليسيرة لا تُبطل الوكالة[٢].

٢- قليل الجهالة معفوٌّ عنه في الوكالة[٣].

صيغ ذات علاقة :

١- الجهالة الفاحشة تمنع صحة الوكالة[٤]. (قسيم).

٢- لا تصح الوكالة فيما يعظم فيه الغرر والضرر[٥]. (قسيم).

---

(١) اللباب في شرح الكتاب للميداني ٣٧/٢ وانظر: عمدة الناظر لأبي السعود ٤١٨/٢، تنوير الأذهان والضمائر لجَلَب الرومي ١٨٧/١/أ، فتاوى قاضيخان ٣/٣.

(٢) إعلاء السنن للعثماني ٣١٧/٥، ٣٣٨.

(٣) الفروق للكرابيسي ٤٣/٢.

(٤) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٤٤٧/٤.

(٥) مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ٣٨٦/١.

٣- الأصل أن الجهالة إذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة الوكالة، وإلا فلا[١]. (أعم).

٤- التوكيل بالمجهول لا يصح قصدًا، ويصح ضمنًا[٢]. (أخص).

٥- في كل موضع قلَّت الجهالة صح التوكيل بالشراء، وإلا فلا[٣]. (أخص).

شرح الضابط :

(الجهالة) لغة: من جهلت الشيء خلاف علمته[٤]، ولا يخرج استعمال الفقهاء للفظ الجهالة عن معناها في اللغة، والمراد بها: الشيء المجهول[٥].

وهذا الضابط يقرر أن الوكالة تصح مع جهالة الموكَّل به إذا كانت جهالته يسيرة، أما إذا كانت جهالته متوسطة أو فاحشة فإن الوكالة حينئذ لا تصح[٦].

وبهذا يتبين أن الجهالة في الموكَّل به ثلاثة أنواع:

١- **الجهالة اليسيرة** : وهي جهالة النوع الذي لا تتفاوت قيم آحاده تفاوتًا فاحشًا، كأن يوكله بشراء فرس.

٢- **الجهالة المتوسطة** : وهي جهالة النوع الذي تتفاوت قيم آحاده تفاوتًا فاحشًا، كأن يوكله بشراء دار من غير بيان الثمن أو الصفة.

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٢٥٨/٤.

(٢) حاشية الشلبي ٢٣٧/١، ٣١٤.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢٨٥/٢.

(٤) انظر: لسان العرب لابن منظور، والمصباح المنير مادة: (جهل).

(٥) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ١٦٧/١٦.

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين ٤٠٣/٤، حاشية الدسوقي ٣٨١/٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٢١/٢- ٢٢٢، كشاف القناع ٤٨٢/٣، التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ٣٢٣/٦، البحر الزخار لابن المرتضى ٢٦٩/١٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٥٢٩/٩، الروضة البهية للعاملي ٣٦٨/٤.

٣- **الجهالة الفاحشة** : وهي جهالة الجنس، كأن يوكله بشراء دابة، من غير بيان جنسها؛ فإن الدابة تشمل الفرس والحمار والبغل[١].

أدلة الضابط :

١- ما رُوي أن رسول الله ﷺ دفع ديناراً إلى حكيم بن حزام، رضي الله عنه، ليشتري له به أضحية[٢].

وجه الدلالة : أن الجهالة القليلة لو كانت مانعة من صحة التوكيل بالشراء لما فعله رسول الله ﷺ؛ لأنَّ جهالة الصفة لا ترتفع بذكر الأضحية وبقدر الثمن[٣].

٢- الجهالة القليلة في باب الوكالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأنَّ مبنى التوكيل على الفسحة والمسامحة[٤].

٣- لأن الجهالة اليسيرة لا تخلُّ بالمقصود، ويمكن رفعها بصرف التوكيل إلى ما يليق بحال الموكِّل[٥].

تطبيقات الضابط :

١- إذا وكله بشراء ثوب صيني أو تركي صحت الوكالة، وإن لم يبين

---

(١) انظر: حاشيــة ابن عابديــن ٤٠٣/٤، مرآة المجلة ليوسف آصاف ٢٧٥/٢، شرح المجلة للأتاسي ٤٤٧/٤.

(٢) رواه أبو داود ١٣٦/٤ (٣٣٧٩)، والترمذي ٥٥٨/٣ (١٢٥٧) وقال: حديث حكيم بن حزام لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وحبيب بن أبي ثابت لم يسمع عندي من حكيم بن حزام.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢٨٥/٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢٨٥/٢، مغني المحتاج ٢٢١/٢-٢٢٢.

(٥) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٤٤٧/٤.

الثمن؛ لأنَّ بيان نوع الثوب يزيل الجهالة الفاحشة، وتبقى جهالة الثمن، وهي لا تؤثِّر[(١)].

٢- لو وكله بأن يشتري له قماشًا مع بيان ثمنه لا تصح الوكالة؛ لأنَّ القماش جامع لأجناس مختلفة كالجوخ والقطن والكتان ونحوها؛ فكانت الجهالة كثيرة[(٢)].

٣- لو وكله أن يشتري له لؤلؤة أو ياقوتة حمراء يلزم أن يبين مقدار ثمنها، وإلا فلا تصح الوكالة؛ لكثرة التفاوت في ثمن اللؤلؤ والياقوت، ونحوهما من الأحجار الكريمة[(٣)].

٤- إن وكله بشراء جِمال أو بقر أو غنم ولم يعيّن عددًا لا تصح الوكالة[(٤)].

٥- لو وكله بشراء هاتف جوال وبيَّن له أوصافه، سوى اللون، صحت الوكالة؛ لأنَّ عدم بيان اللون من الجهالة اليسيرة التي تتحمل.

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: تبيين الحقائق ٤/٢٥٨، رد المحتار ٥/٥١٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٢/٤٤٥، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٥٧٥، التاج المذهب لأحكام المذهب ٦/٣٢٣.

(٣) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٥٨٢.

(٤) انظر: شرح النيل وشفاء العليل ٩/٥٢٩.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٦٤

نص الضابط: يَدُ الوَكِيلِ كَيَدِ مُوَكِّلِهِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- يد الوكيل كيد الموكل فيما وكَّله عليه[٢].

٢- يد الوكيل تقوم مقام يد الموكِّل[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- الوكيل أمين غير ضمين[٤]. (أخص).

---

(١) المعيار المعرب للونشريسي٦/٢٨٩، مواهب الجليل للحطاب٦/٥٧، التاج والإكليل للمواق٧/١٨٨، شـرح ميارة ٢/١٩، النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ٢/٥١٦، كشاف القناع للبهوتي ٢/٢٦٨ وانظر: فتاوى قاضيخان ١/٢٦١، الذخيرة للقراف ٦/٣١٩، جامع المقاصد للكركي ٤/١٩.

(٢) التاج والإكليل للمواق ٧/١٨٨.

(٣) انظر: المحلى لابن حزم ٨/٤٣٣.

(٤) تكملة حاشية ابن عابدين ٢/٢٩٨ ووردت بألفاظ أخر نحو:

«الوكيل أمين لا ضمان عليه فيما تلف في يده بغير تفريط» الشرح الكبير لابن قدامة ٥/٢٤٧، وانظر: الذخيرة للقرافي ٨/١٥.

«الوكيل أمين فيما في يده من مال الموكِّل» تكملة المجموع للمطيعي ١٤/١٥٧ وانظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/٢٤٢، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ٥/٢١٢، المحيط البرهاني لابن مازة ٧/٢٩٠، شرائع الإسلام للحلي ٢/١٦١.

«الوكيل مؤتمن الجوهرة النيرة للعبادي» ١/٣٠٥ وانظر: المبسوط للسرخسي ٦/٥٤٨، التلقين للقاضي عبد الوهاب البغدادي ١/٤٤٥.

«الوكيل لا يضمن انظر: المبسوط للسرخسي» ١٤/٨٣، التاج المذهب للعنسي ٤/١٢٨.

٢- قبض الوكيل كقبض الموكِّل[١]. (أخص).

٣- هلاك المقبوض في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكِّل[٢]. (أخص).

٤- هلاك المشتَرَى في يد الوكيل كهلاكه في يد الموكِّل[٣]. (أخص).

شرح الضابط :

مفاد الضابط : أن يد الوكيل كيد الموكِّل، فيما يباشره من تصرفات على الشيء الموكل فيه، وما يتعلق بها من التزامات ناشئة عن تصرفه[٤].

ويجدر التنبيه إلى أن الوكيل أثناء قيامه بتنفيذ الوكالة مقيد بما يقضي به الشرع من عدم الإضرار بالموكل، لقول رسول الله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار»[٥]، فالإنسان منهيٌّ عن إدخال الضرر على نفسه أو على غيره.

كما أنه مقيد أيضًا بما يأمره به موكله، ومقيد أيضًا بما يقضي به العرف إذا كانت الوكالة مطلقة عن القيود، فإذا خالف لم تكن يده كيد موكِّله[٦].

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٢٠٩.

(٢) المبسوط ١٩/١٥١.

(٣) انظر: المبسوط ١١/١٦٨.

(٤) انظر: الجوهرة النيرة للعبادي ١/٣٠٥، المبسوط ٦/٥٤٨، الفتاوى الهندية ٣/٥٦٧، التلقين للقاضي عبد الوهاب البغدادي ١/٤٤٥، مواهب الجليل للحطاب ٥/٢١٢، روضة الطالبين للنووي ٤/٣٢٥، تكملة المجموع للمطيعي ١٤/١٥٧، كشاف القناع للبهوتي ٢٠/٣٦٤، القواعد لابن رجب ص٦١، المحلى لابن حزم ٨/٤٦٠، التاج المذهب للعنسي ٤/١٢٨، شرح النيل لأطفيش ٦/٩٢، شرائع الإسلام للحلي ٣/١١٦.

(٥) رواه أحمد في مسنده ٥/٥٥ (٢٨٦٥) وابن ماجه في سننه ٢/٧٨٤ (٢٣٤١) والطبراني في الكبير ١١/٢٢٨ (١١٥٧٦) من حديث ابن عباس، رضي الله عنهما، ورواه الحاكم في المستدرك ٢/٦٦ (٢٣٤٥)، والدارقطني في سننه ٤/٥١ (٣٠٧٩) والبيهقي في سننه ٦/١١٤ (١١٣٨٤) من حديث أبي سعيد الخدري، رضي الله عنهما، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي، وقد روي من حديث غيرهما من الصحابة انظر: نصب الراية ٤/٣٨٤.

(٦) انظر: المهذب للشيرازي ١/٣٥٠، مغني المحتاج ٢/٢٢٤، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٥/٤٨، الموسوعة الفقهية الكويتية ٤٥/٨٧.

ويترتب على كون يده كيد موكله جملة من المسائل منها ما يلي:

١ـ الوكيل أمين فيصدق في دفع الضمان عن نفسه؛ وعليه فالقول قوله بلا إشهاد فيما وكل بقبضه، خلافًا لما ذكره ابن قدامة عن أبي الخطاب: أن الوكالة إذا كانت بأجر لا يقبل قوله بلا إشهاد[1].

٢ـ الوكيل يضمن ما تحت يده من مال لموكله إذا تعدى أو فرط، فإن كان المال مثليًّا كان الوكيل ضامنًا مثله، وإن كان قيميًّا ضمن قيمته، وكذلك لو كان مثليًّا وتعذر الحصول على المثل؛ فإنه يضمن قيمته، وتعتبر القيمة التي يضمنها الوكيل بقيمة الشيء يوم التعدي والتلف أو الهلاك، لا من أي وقت آخر؛ فلا عبرة بما زاد أو نقص فيها عن هذا الوقت[2].

أدلة الضابط :

إنما كانت يد الوكيل كيد موكله؛ لأنَّه نائب عن المالك في اليد والتصرف؛ فكان الهلاك في يده، كالهلاك في يد المالك، فهو كالمودَع[3].

تطبيقات الضابط :

١- إن تلفت الزكاة في يد الوكيل، أي وكيل رب المال قبل أدائها، فمن ضمان رب المال؛ لعدم الإيتاء المأمور به، ولأن يد الوكيل كيد موكِّله[4].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٦١، الإنصاف للمرداوي ٥/٣٩٩.

(٢) انظر: نهاية المحتاج ٥/٤٨ - ٥١، مغني المحتاج ٢/٢٣١، الفتاوى الكبرى لابن حجر ٣/٩٣، الموسوعة الفقهية الكويتية ٤٥/٨٩.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين٤/٤٠٩، ٤١٦، فتح القدير ٧/٤٩، ٥٢، ٧٣، حاشية الدسوقي ٣/٢٨٢، ٣٩٠، القوانين الفقهية ص ٣٣٣، مغني المحتاج ٢/٢٣٠، روضة الطالبين ٤/٣٢٥، تكملة المجموع للمطيعي ١٤/١٥٨، كشاف القناع ٣/٤٦٩، ٤٧٥، ٤٨٤.

(٤) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٢/٢٦٨.

٢- من تصدق على رجل بمائة دينار، وكتب له كتابًا لوكيله ليدفعها إليه، فقدم على الوكيل بالكتاب، ودفع إليه منها خمسين، وقال: (اذهب سأدفع إليك الخمسين الباقية اليوم أو غدًا)، فمات المتصدِّق قبل أن يقبض المتصدَّق عليه الخمسين الباقية من الوكيل، فلا شيء له منها إذا لم يقبضها حتى مات المتصدِّق، وليس له أكثر من الخمسين الذي قبض؛ لأنَّ يد الوكيل كيد موكله، ويد موكِّله فاتت بالموت[(١)].

٣- من حلف أن لا يفعل فعلا، فوكَّل غيره على فعله فهو حانث، إلا إذا نوى أن ألاَّ يفعله بنفسه، وكذلك من حلف أن يفعل فعلا، فوكل غيره على فعله، فقد بر، إلا أن إذا نوى أن يلي هو ذلك الفعل بنفسه؛ لأنَّ يد وكيله كيده[(٢)].

٤- من وكَّل غيره على شراء شيء، فباعه لنفسه، صح البيع؛ لأنَّ الوكيل قد قبضه قبل بيعه لنفسه، ويده كيد موكِّله، وأما من وكَّل غيره على بيع شيء، فباعه الوكيل لنفسه فليس فيه بيع أصلا؛ لأنَّ يده كيد موكِّله، والشخص لا يقبض من نفسه لنفسه[(٣)].

٥- لو وكل أحد آخر بقبض الدَّين الذي له على آخر في بلد آخر، وفي الطريق خرج على الوكيل قطاع الطريق فسلبوه المبلغ؛ فلا يلزم الوكيل الضمان إذا لم يكن قادرًا على دفعهم[(٤)]؛ لأنَّ يده كيد موكِّله.

٦- من ارتهن رهنًا، فبعث وكيلا بقبضه عنه، فضاع الرهن في يد الوكيل - وهو مما يغيب عليه المرتهن - فالضياع من المرتهن وهو الموكِّل؛

---

(١) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٦/ ٥٧.

(٢) انظر: التاج والإكليل للمواق ٧/ ١٨٨، منح الجليل لعليش ٦/ ٣٨٦.

(٣) انظر: منح الجليل ٥/ ٢٤٩.

(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٣/ ٥٦٤.

لأنَّ وكيله قبضه، وقبض الوكيل إذا وكله المرتهن فإنما هو كقبض المرتهن؛ لأنَّ يد الوكيل كيد الموكِّل[(١)].

٧- يقبل إقرار الوكيل على موكِّله في كل ما وكل فيه من بيع وإجارة وصرف وغيره[(٢)].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: المدونة الكبرى لسحنون ٤/١٣٨.

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٠٢.



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٦٥

نص الضابط: الوَكِيلُ وَكَالَةً عَامَّةً هَلْ يَمْلِكُ كُلَّ شَيْءٍ؟[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الوكيل إذا كانت وكالته عامة مطلقة ملك كل شيء[٢].

٢- للوكيل المفوض التصرف في كل شيء لموكله[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- الأصل فيما يخرج مخرج العموم إجراؤه على عمومه[٤]. (أعم).

٢- كل ما جاز للإنسان أن يباشره صح أن يوكِّل فيه[٥]. (أعم).

٣- الوكيل يقوم مقام الموكِّل[٦]. (أعم).

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٥/٢٣.

(٢) غمز عيون البصائر ٥/١٩.

(٣) منح الجليل لعليش ٦/٣٧٢.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ١٢/٤٥٢، وانظر قاعدة: «العام يجري على عمومه حتى يرد المخصص» في قسم القواعد الأصولية.

(٥) حاشية الجمل ٦/٦٥٦.

(٦) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤/٧٣، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «يد الوكيل كيد موكله».

شرح الضابط :

الوكالة على نوعين:

أ - **(الوكالة الخاصة)** : وهي ما كان إيجاب الموكل فيها خاصًّا بتصرف معين، كأن يوكل إنسان آخر في أن يبيع له سلعة معينة، وفي هذه الحالة لا يجوز للوكيل أن يتصرف إلا فيما وكل به.

ب - **(الوكالة العامة)** : وهي قد تكون عامة في كل شيء، كأن يقول الموكل للوكيل: (أنت وكيلي في كل شيء)، أو يقول له: (أنت وكيلي في كل قليل وكثير).

وهذا النوع من الوكالة هو مدار الحديث في هذا الضابط.

ومفاد الضابط : أن الإنسان يجوز أن يوكل غيره وكالة عامة في جميع التصرفات، وبموجب هذه الوكالة يحق للوكيل القيام بجميع التصرفات التي وُكِّل بها، سوى ما استُثني.

وهذا ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والزيدية والإباضية والإمامية في الجملة[1].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى منع الوكالة العامة؛ لكثرة الغرر فيها[2].

وذهب ابن حزم إلى جواز الوكالة في القيام على الأموال، والتذكية، وطلب الحقوق وإعطائها، وأخذ القصاص في النفس فما دونها، وتبليغ

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر ٢٣/٥، حاشية ابن عابدين ٣٩٩/٤، حاشية الدسوقي ٣٨٠/٣، ٣٨١، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٧١/٢، منح الجليل لعليش ٣٧٢/٦، البحر الزخار لابن المرتضى ٥١/٨، شرح النيل لأطفيش ٥٠٠/١٠، الجامع للشرايع للحلي ٣٢٥/١.

(٢) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٢١/٢، المغني لابن قدامة ٩٤/٥، ٩٥، كشاف القناع للبهوتي ٤٨٢/٣.

الإنكاح، والبيع والشراء، والإجارة والاستئجار.

ومَنَع الوكالة على الطلاق، والعتق، والتدبير، والرجعة، والإسلام، والتوبة، والإقرار، والإنكار وعقد الهبة، والعفو، والإبراء، وعقد الضمان، والردة، والقذف، والصلح، والإنكاح بغير تسمية الزوجين(١).

هذا رأي المذاهب إجمالا، أما التفصيل فعلى النحو الآتي:

قال الحنفية: لو قال لغيره: (أنت وكيلي في كل شيء)، أو قال: (أنت وكيلي بكل قليل وكثير)، يكون وكيلا بحفظ لا غير، وهو الصحيح، أما لو قال: (أنت وكيلي في كل شيء، جائزٌ أمرُك)، يصير وكيلا في جميع التصرفات المالية كبيع وشراء وهبة وصدقة.

واختلفوا في طلاق وعتاق ووقف، فقيل: يملك ذلك، لإطلاق تعميم اللفظ، وقيل: لا يملك ذلك إلا إذا دل دليل سابقة الكلام ونحوه، وبه أخذ الفقيه أبو الليث.

وفي البزازية: لو قال: (أنت وكيلي في كل شيء)، ملَكَ الحفظ والبيع والشراء، ويملك الهبة والصدقة، حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز حتى يعلم خلافه من قصد الموكل، وعن الإمام أبي حنيفة تخصيصه بالمعاوضات، ولا يلي العتق والتبرع.

وكذا لو قال: (طلقت امرأتك، ووهبت، ووقفت أرضك)، فالأصح أنه لا يجوز.

وينبغي ألا يملك الإبراء والحط عن المديون؛ لأنهما من قبيل التبرع، وكذا الإقراض والهبة بشرط العوض، وظاهر العموم أنه يملك قبض الدين واقتضاءه وإيفاءه، والدعوى بحقوق الموكل، وسماع الدعوى بحقوق على

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٦/٤٨٣، ٤٨٧.

الموكل، والأقارير على الموكل بالديون، فإن قال له: (وكلتك وكالة مطلقة عامة)، فهل يتناول الطلاق والعتاق والتبرعات؟ الظاهر أنه لا يملكها، على المفتى به[١].

وقال المالكية: لا تنعقد الوكالة بمجرد قوله: (وكلتك)؛ لأنَّه لا يدل عُرفًا على شيء، بل حتى يفوض للوكيل الأمر بأن يقول: (وكلتك وكالة مفوضة، أو في جميع أموري، أو أقمتك مقامي في أموري) ونحو ذلك، وإذا فوض له فيمضي ويجوز النظر، وهو الصواب، أي ما فيه تنمية المال، دون ما ليس فيه تنمية المال، كالعتق والهبة والصدقة، إلا أن يقول الموكل: (ويمضي منك غير النظر)، فيمضي إن وقع، وإن كان لا يجوز له فعله ابتداء، فليس للموكل رده، ولا تضمين الوكيل.

والمراد بـ(غير النظر) ما ليس بمعصية ولا تبذير، وقالوا: لا يمضي عن الوكيل طلاق زوجة الموكل، وإنكاح بكره، وبيع دار سكناه في كل من النظر وغيره؛ لأنَّ هذه الأمور لا تندرج تحت عموم الوكالة، وإنما يفعله الوكيل بإذن خاص[٢].

ونص الشافعية والحنابلة على أنه يشترط أن يكون الموكَّل فيه معلومًا من بعض الوجوه؛ حيث يقل معه الغرر، ولا يشترط علمه من كل وجه، فلو قال: (وكلتك في كل قليل وكثير لي، أو في كل أموري، أو فوضت إليك كل شيء، أو أنت وكيلي فتصرفْ كيف شئت) أو نحو ذلك، لم يصح؛ لكثرة الغرر وعظيم الخطر، وإن قال: (وكلتك في بيع أموالي وقبض ديوني واستيفائها) ونحو ذلك؛ صح وإن جهل الأموال والديون ومن هي عليه[٣].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣٩٩/٤ – ٤٠٠، فتح القدير لابن الهمام ٥٠٠/٧ – ٥٠١.

(٢) انظر: الشرح الكبير لأحمد الدردير مع حاشية الدسوقي ٣٨٠/٣.

(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٢٥/٥، المغني ٢١١/٥ -٢١٢، شرح منتهى الإرادات ٣٠٢/٢، والموسوعة الفقهية الكويتية ٢٧/٤٥ وما بعدها.

أدلة الضابط :

أولاً : أدلة من أجاز الوكالة العامة:

١- قاعدة: «الأصل في العقود الصحة»[١]، وهذه قاعدة عامة مطردة يندرج تحتها عقد الوكالة العامة.

٢- قاعدة: «الأصل فيما يخرج مخرج العموم إجراؤه على عمومه»[٢]، والوكالة العامة تدخل في هذه القاعدة.

٣- لأن مبنى التوكيل على التوسعة[٣]، ومن التوسعة جواز الوكالة العامة؛ لأنَّه يُحتاج إليها في بعض الأحوال والظروف.

٤- لأن الوكيل يقوم مقام الموكِّل[٤]؛ ففعل الوكيل كفعل الموكِّل بنفسه، وكل ما يجوز للموكِّل أن يفعله جاز لوكيله أن يفعله[٥]، ولأن الموكِّل إذا وكله وكالة عامة فقد فوض الأمر إليه، وأنزله منـزلته وجعله بمثابته، فأي شيء يفعل الوكيل يكون ممتثلا[٦].

٥- لأن التوكيل بالمجهول لا يصح قصدًا، ويصح ضمنًا[٧]، والجهالة في الوكالة العامة ضمنية لا مقصودة، فتقبل.

٦- الجهالة تفسد العقد لكونها مفضية إلى المنازعة، لا لذاتها، والوكالة العامة لا تفضي إلى المنازعة فتجوز[٨].

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٥.
(٢) بدائع الصنائع ٦/٢٥.
(٣) العناية للبابرتي ٨/٣٠.
(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤/٧٣.
(٥) انظر: المبسوط ١٩/١٠٨.
(٦) انظر: العناية ٨/٣٠، منح الجليل ٦/٣٧٢.
(٧) تبيين الحقائق ٣/٣١٤.
(٨) انظر: تبيين الحقائق ٣/٣١٤.

ثانيًا: دليل من منع الوكالة العامة:

لأن فيها غررًا عظيمًا وخطرًا كبيرًا؛ لأنَّها تدخل فيها هبة ماله وطلاق نسائه وإعتاق رقيقه وتزوج نساء كثيرة، ويلزمه المهور الكثيرة والأثمان العظيمة؛ فيعظم الغرر(١).

تطبيقات الضابط:

١- للوكيل وكالة عامة بيع مال موكله وحفظه، وقبض دينه، وتأدية ما عليه من الدين، واشتراء المال لأجل موكله، وما إلى ذلك من المعاوضات، وله أن يقر على موكله في حضور الحاكم أو غيره، وله أن يصير مدَّعٍ ومدعى عليه من طرف موكله(٢).

٢- لو قال: (أنت وكيلي في كل شيء) ملَك الهبة والصدقة، حتى إذا أنفق على نفسه من ذلك المال جاز، حتى يعلم خلافه من قصد الموكِّل(٣).

٣- للوكيل وكالة عامة إيفاء جميع الحقوق واستيفائها، إلا في الحدود والقصاص؛ فإنها تندرئ بالشبهات(٤).

٤- للوكيل بالقبض أن يوكل غيره إن كان موكله قد وكله وكالة عامة؛ لأنَّ الأصل فيما يخرج مخرج العموم إجراؤه على عمومه(٥).

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٢/٢٢١، المغني لابن قدامة ٥/٩٤، ٩٥، كشاف القناع ٣/٤٨٢.

(٢) انظر: رد المحتار ٥/٥١٠، منح الجليل ٦/٣٧٢.

(٣) انظر: حاشية رد المحتار ٦/٥٧.

(٤) انظر: رد المحتار ٥/٥١٠.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٦/٢٥.

٥- للوكيل وكالة عامة الخصومة في سائر الحقوق وإثباتها[١].

٦- إذا أذن له بالتجارة مطلقًا صح؛ لأنَّ الوكالة العامة تصح[٢].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: مختصر القدوري ١/٢٩٣.

(٢) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٨/٥١.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٦٦

نص الضابط: الوَكِيلُ لا يَتَصَرَّفُ إلا بِالـمَصْلَحَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الوكيل إنما يفعل ما فيه الحظ لموكله[٢].

٢- الوكيل إنما يتصرف بما فيه الحظ والمصلحة[٣].

٣- الوكيل يلزمه الحظ لموكله[٤].

٤- الوكيل مأمور بالمصلحة[٥].

صيغ ذات علاقة:

١- كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة[٦]. (أعم).

٢- الوكيل بالعقد فيما هو من حقوق العقد ينـزل منزلة العاقد لنفسه[٧]. (أعم).

---

(١) فتح العلي المالك لعليش ٢/٢٤٥.
(٢) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢/٢٧٣، وانظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٤٧٦.
(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ٧/٤٨.
(٤) الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٤/١٨٨.
(٥) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٢٢٤.
(٦) الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٣١٠، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.
(٧) المبسوط للسرخسي ٣٠/١٨٣، ٢٢١.

٣- كل خيار يرجع إلى الحظ والمصلحة يجوز التوكيل فيه[١]. (أخص).

٤- الأصل أن رب المال متى شرط على المضارب شرطًا في المضاربة فيه فائدة فإنه يصح، ويجب على المضارب مراعاته والوفاء به[٢]. (قيد).

٥- كل تصرف للوكيل لا يُنقض حيث لم يخالف المصلحة[٣] . (تفرع).

٦- ما لا مصلحة في فعله فإن الوكيل معزول عنه شرعًا[٤] . (تفرع).

شرح الضابط :

(المصلحة) في اللغة: ضد المفسدة، وفي الاصطلاح: المحافظة على مقاصد الشرع الخمسة[٥]، وهي: حفظ الدين، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول فهو مفسدة.

ويفيد هذا الضابط : أن كل وكيل عن غيره في شيء يجب أن يكون تصرفه تبعًا لمصلحة الموكِّل في ذلك الشيء؛ فلا يجوز له مباشرة التصرفات التي يخشى منها الإضرار بمصالح موكله، فلو كان وكيلا مثلا في شراء سلعة يجب

(١) الأشباه والنظائر للسبكي ١/ ٣٣٠.

(٢) انظر: تكملة حاشية ابن عابدين ٢/ ٤٢٨، وانظر قاعدة: «التقييد في العقود إنما يعتبر إذا كان مفيدًا» في قسم القواعد الفقهية.

(٣) انظر: جامع المقاصد للكركي ٦/ ٣٠٤.

(٤) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٧/ ٤٨، وانظر قاعدة: «كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة» في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظر: المستصفى للغزالي١/ ٢٨٦- ٢٨٧، ٢/ ٣٠٦ ط/بولاق، شرح جمع الجوامع للسبكي ٢/ ٢٨٤ ط/ مصطفى الحلبي.

عليه أن يتخيَّر السلعة الجيدة، وأن يبحث عن السعر الأقل، مراعيًا كل ما فيه مصلحة للموكِّل[١].

أدلة الضابط :

١- قوله تعالى: ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا ﴾ [النساء: ٣٥].

وجه الاستدلال : أن الله تعالى شرع التحكيم بين الزوجين إذا حصل بينهما شقاق، بأن يُبعث حكَم من طرف الزوج وآخر من طرف الزوجة؛ للنظر في أسباب الخلاف والإصلاح بينهما، فالحكَمان مأموران بالإصلاح وفعل ما فيه مصلحة الزوجين، وما الحكَمان إلا وكيلان عن الزوجين[٢]، وهذا يشعر بأن رعي المصلحة معتبر في الوكالات.

٢- قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ وَلَا يُشْعِرَنَّ بِكُمْ أَحَدًا ﴾ [الكهف: ١٩].

وجه الاستدلال : أن أصحاب الكهف أرسلوا أحدهم إلى تلك المدينة وكيلا عنهم في شراء الطعام، على أن يختار منه أطيبه، وأن يتلطف

---

(١) انظر: تكملة حاشية ابن عابدين ٤٢٨/٢، شرح مختصر خليل للخرشي ٤٨/٧، المجموع للنووي ١٩٥/٩، المغني لابن قدامة ١٢٩/٥، المحلى لابن حزم ٤٨٧/٦، التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ٤٣٣/١، شرح النيل لأطفيش ٥٦/١٨-٩٧، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٩٤/٣.

(٢) انظر: تفسير ابن كثير ٤٩٣/١، مغني المحتاج ٢١٧/٢، ٢٦١/٣.

في المعاملة، وأن لا يخبر بشأنهم أحدًا، وكل هذا فيه رعاية لمصلحة الموكل؛ فأشعر بأن تحري المصلحة من قبل الوكيل لأجل الموكل أمر معتبر(١).

٣- ما ورد عن عروة بن أبي الجعد البارقي، رضي الله عنه، أن النبي ﷺ أعطاه دينارًا يشتري له به شاة، فاشترى له به شاتين، فباع إحداهما بدينار، فجاء بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه، وكان لو اشترى التراب لربح فيه(٢).

وجه الاستدلال: أن عروة، رضي الله عنه، كان وكيلا عن النبي ﷺ في ذلك الشراء، فتصرف أحسن التصرف وفعَل ما فيه مصلحة للنبي ﷺ، فأقره ونال بركة دعائه.

٤- قاعدة: «كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة»(٣).

تطبيقات الضابط:

١- إن أمر الموكِّلُ الوكيل أن يبيع شيئًا أو يشتريه بمبلغ معين، فباعه بأعلى، أو اشتراه بأقل مما حُدِّدَ له، جاز ذلك؛ لما فيه من مصلحة للموكل(٤)، وهذا جارٍ على مقتضى الضابط.

٢- لا يجوز للوكيل البيع مؤجلا بلا إذن من الموكل، فإذا أذن له جاز، ويجب ألا يبالغ في الأجل، فإن قَدَّر له مدة في الأجل اتبَع، فإن لم

(١) انظر: تفسير القرطبي ١٠/٣٧٥.

(٢) رواه البخاري في صحيحه ٤/٢٠٧ (٣٦٤٢).

(٣) الأشباه لابن السبكي ١/٣١٠.

(٤) انظر: شرح النيل لأطفيش ١٨/٣٦.

يعين المدة فإن كان هناك عرف حمل عليه، وإلا راعى المصلحة، ويجب عليه الإشهاد في البيع مؤجل، كما يجب عليه أن يكون البيع مؤجل من ثقة مليء[(١)].

٣- ذهب المالكية والشافعية والصاحبان من الحنفية والحنابلة في رواية: إلى أن الوكيل بالبيع المطلق لا يجوز له البيع بدون ثمن المثل مما لا يتغابن الناس بمثله[(٢)].

٤- للوكيل أن يرد بالعيب؛ لأنَّه من مصلحة العقد[(٣)].

٥- المضارب (وهو وكيل عن رب العمل) إذا ظهر له أن السفر لبلد فيه ربح أكثر فإنه يسافر إليه ليكون الربح أوفر[(٤)].

٦- الوكيل في شؤون الوقف عليه أن يعمل كل ما يراه مصلحة للوقف، من حفظه وعمارته وإيجاره وزرعه ومخاصمة فيه، وتحصيل ريعه، من أجرة أو زرع أو ثمر، واجتهاد في تنميته، وصرفه في جهاته من عمارة، وإصلاح، وإعطاء مستحق، ونحوه[(٥)].

٧- الوكيل في المزارعة يلزمه التقيد بما وُكِّل فيه، فإن خالف بطلت

---

(١) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٩٣/٦، مغني المحتاج ٢٢٤/٢، ٣١٥، شرح المنهاج للمحلي ٥٦/٢، ٣٣٥، ٣٤١، المغني ٣٩/٥ - ٤٠ وما بعدها.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٧/٦، حاشية الدسوقي ٣٨٢/٣ - ٣٨٣، البحر الرائق لابن نجيم ١٦٧/٧، حاشية الجمل ٤٠٨/٣ - ٤٠٩، الإنصاف للمرداوي ٣٧٩/٥ - ٣٨٠، المبدع لابن مفلح ٣٦٩/٤، المغني مع الشرح الكبير ٢٥٥/٥ - ٢٥٦.

(٣) شرائع الإسلام للحلي ٩٤/٣.

(٤) انظر: تكملة حاشية ابن عابدين ٤٢٨/٢.

(٥) انظر: الإسعاف ص ٥٤، مواهب الجليل للحطاب ٤٠/٦، مغني المحتاج ٣٩٤/٢، الإقناع ١٤/٣، ١٥.

الوكالة، إلا إذا كانت المخالفة لمصلحة الموكل فإنها تكون نافذة في حقه[١].

٨- الوكيل إذا جاز له التوكيل ليس له أن يوكل إلا أمينًا؛ رعاية لمصلحة الموكِّل[٢].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: المبسوط ١٤١/٢٣، الفتاوى الهندية ٢٦٦/٥.

(٢) انظر: شرح الخرشي ٧٨/٦، مواهب الجليل ٢٠٢/٥، أسنى المطالب ٢٢٧/٢، مغني المحتاج ٢٢٧/٢، كشاف القناع للبهوتي ٤٦٦/٣، المغني ٢١٦/٥، الإنصاف ٣٦٤/٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٦٧

نص الضابط: الأَصْلُ أَنَّ الوَكِيلَ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُوَكِّلَ غَيْرَهُ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- الوكيل لا يملك أن يوكِّل غيره[(٢)].

٢- ليس لمن وكِّل بأمر أن يوكِّل به غيره[(٣)].

٣- الوكيل ليس له أن يوكِّل غيره إلا بإذن[(٤)].

٤- الوكيل لا يوكِّل إلا بإذن أو تعميم أو تفويض[(٥)].

٥- ليس للوكيل أن يوكِّل غيره فيما وكِّل فيه[(٦)].

٦- لا يجوز للوكيل أن يوكِّل غيره[(٧)].

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٧/٢٨٠ وأصل العبارة: (الوكيل ليس له أن يوكّل) وبلفظ للشافعي: «ليس للوكيل أن يوكِّل غيره» الأم ٣/٢٣٧، مجمع الضمانات لابن غانم ص ٢٥٥.

(٢) مرآة المجلة لمسعود أفندي ص ٥٢٥.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٥٣٥.

(٤) غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ٤/٣٦٥.

(٥) عمدة الناظر لأبي السعود ٢/٤٤١.

(٦) التاج المذهب للعنسي ٤/١٣٣.

(٧) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٩/٥٢٣.

صيغ ذات علاقة :

١- الشيء لا يتضمن مثله[١]. (أعم).

٢- مبنى الوكالة على التقييد[٢]. (أعم).

٣- الوكيل لا يتصرف إلا فيما نص له عليه[٣]. (أعم).

٤- ليس للمستناب أن يستنيب غيره إلا بإذن منيبه[٤]. (أعم).

٥- التوكيل بالشيء لا يتضمن ضده[٥]. (تكامل).

٦- كل موضع للوكيل أن يوكِّل فيه فليس له أن يوكِّل إلا أمينًا[٦]. (قيد).

٧- الوكيل له أن يوكِّل غيره[٧]. (مخالفة).

٨- الوكيل بالتصرف لا يوكِّل غيره[٨]. (أخص).

شرح الضابط :

الغالب في الوكالة أن صفة الوكيل لدى الموكِّل معتبرة مرعية؛ ذلك لأن الوكيل أمين لا يضمن إلا بالتفريط والتعدي ولا يتهم إلا بحجة[٩]، والوكالة

---

(١) الهداية للمرغيناني مع العناية ٦٨٦/٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٢٧٤/٤، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) المغني لابن قدامة ٥٧/٥.

(٤) انظر: حاشية ابن القاسم على تحفة المحتاج ١٥٦/٦.

(٥) المبسوط للسرخسي ٥/١٩.

(٦) جامع المقاصد للكركي ١٩٢/٨.

(٧) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٩٨/٣٠.

(٨) المبسوط ١٤٠/١١.

(٩) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦٧/١١، بدائع الصنائع للكاساني ٣٤/٦، مواهب الجليل للحطاب ٢١٢/٥، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١٢٢/٢، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٥١٤/٢، فتاوى السبكي ٣٦٧/١، الإنصاف للمرداوي ٣٣٦/٥، شرائع الإسلام للحلي ١٦١/٢، الروضة البهية للعاملي ٣٨٣/٤.

ولاية نظر ومصلحة، والنظر عادة يتحقق بتفويض الأمر إلى من يستجمع صفات باعثة على رعاية المصالح الفضلى، وصون الخصوصيات، والإتيان بما استنيب فيه على أحسن الوجوه وأتمِّها، فشخصية الوكيل محل اعتبار؛ إذ ليس كل شخص يرضى عن كل أحد ليكون وكيلا عنه في أمر من أموره.

وهذا الضابط يتكامل مع غيره من ضمانات الوكالة المقرَّرة لحماية حقوق الموكِّلين وحفظ مصالحهم، ومفاد هذا الضابط: أنه يمتنع على الوكيل باعتبار الأصل أن يستنيب شخصًا آخر في مباشرة الأعمال التي استنيب فيها بمقتضى عقد الوكالة، فإن فعل يعدُّ متعديًّا متجاوزًا حدود الوكالة.

والظاهر من صيغ الضابط المذكورة والمبثوثة في مصنفات الفقهاء: أن مجال إعماله الوكيل المخصوص، فليس له أن يوكِّل غيره باعتبار الأصل، أمَّا الوكيل المفوَّض الذي يقال له من قبل الموكِّل: (افعل ما شئت) أو (اصنع ما شئت)، ونحو ذلك مما يدل على إطلاق رأي الوكيل فيما وكِّل فيه، فللوكيل أن يوكِّل غيره على مثل ما وكِّل عليه، أو على بعضه[1]، ولقد عبَّر عن ذلك ابن عاصم فقال:

وحيثمـا التوكيــل بالإطلاق	فذلــك التفـويــض باتفــاق
وليس يمضــي غير ما فيه نظر	إلا بنص في العمــوم معتبـر
وذا لـــه تقديـم مـن يــراه	بمثلــه أو بعــض ما اقتضاه
ومن على مخصوصه وكِّل لم	يقدم إلا إنْ به الجعل حكم[2]

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/١٧٥ وفيه: «في الوكالة العامة للوكيل أن يوكّل غيره»، التاج المذهب للعنسي ٢/١٦٥.

(٢) أرجوزة ابن عاصم مع شرح ميارة ١/١٣٢.

ويجدر التنبيه إلى: أن مطلق التوكيل دون التصريح بالتفويض أو التقييد محمول على التقييد، وهو موضوع ضابط: «مبنى الوكالة على التقييد»(١)، وهذا هو قول جمهور الفقهاء، وعليه فليس للوكيل أن يوكِّل غيره في مباشرة ما وكِّل به، خلافًا لما روي عن أحمد بن حنبل، وابن أبي ليلى: أنه يجوز للوكيل أن يوكِّل غيره بمطلق الوكالة، وقيد ابن أبي ليلى ذلك بحال مرض الوكيل أو سفره(٢).

وهذا الضابط ليس بمطَّرد ـ شأن معظم الضوابط ـ في كل موضع، فقد ذكر الفقهاء أسبابًا تجوِّز فيها للوكيل المخصوص أن يوكِّل غيره فيما وكِّل فيه كلَّه أو بعضه، من أهمها ما يلي:

١ـ إذا أذن الموكِّل للوكيل أن يوكِّل غيره، أو أجاز وكالته لغيره وجعلت إجازته كإنشاء إذنه؛ لأنَّ ولاية الوكيل ثابتة بالاتفاق من جهة الموكِّل(٣)، فله أن يأذن للوكيل بذلك أو لا يأذن، وبعد الإذن تكون الولاية منسوبة للموكِّل، حتى إن الوكيل ليس له عزله(٤).

٢ـ إذا كان العمل الموكَّل به لا يليق بالوكيل: وضابط ذلك أن يعلم الموكِّل أن العمل موضوع الوكالة لا يتناسب مع الشخص الذي يريد أن يستنيبه في القيام به، أو يكون هذا الشخص مشتهرًا بذلك بين الناس، كأن يستنيب فقيهًا ليشتري له بقرة، أو يستنيب طبيبًا مشهورًا

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/٢٧٤.

(٢) انظر المسألة بالتفصيل في: البحر الرائق ٧/١٧٥، بدائع الصنائع ٧/٣٤٧٤، حاشية الدسوقي ٣/٣٨٨، شرح الخرشي ٦/٧٨، مغني المحتاج ٢/٢٢٦، أسنى المطالب ٢/٢٧٠، المغني ٥/٢١٥-٢١٦، الإنصاف ٥/٣٦٢-٣٦٤، كشاف القناع ٣/٤٦٦، التاج المذهب لأحكام المذهب ٣/٣٦، شرح النيل٦/٢٤٠، المحلى ٦/٤٨٧، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ٣/٩٧.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٦/١١٠، درر الحكام لعلي حيدر ٣/٥٧٠، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٩/٥٢٣.

(٤) غمز عيون البصائر للحموي ٢/٣٨٩.

ليشتري له قطعة أرض، وكمن وكَّل زوجته بالبيع والشراء وغاب عنها وهي ممن لا تخرج لحوائجها، ونحو ذلك؛ لأنَّ الوكيل لما كان باعتبار العرف المشتهر لا يتصرف في هذا لنفسه؛ كان ذلك قرينة في إجازة توكيل غيره، فكان كالتصريح بإجازة التوكيل[١]، وما كان أساسه العرف يدور مع العرف الصحيح حيث دار.

٣ـ إذا كان موضوع الوكالة أمورًا كثيرة لا يمكن للوكيل أن يستقل بمباشرتها إلا بمشقة كبيرة؛ لأنَّ الموكِّل بالعادة في هذا الموضع أذن للوكيل أن يوكِّل غيره، وأن يستعين بآخرين بقدر ما يحقق به غرض الموكّل[٢].

٤ـ الوكيل بقبض الدين له أن يوكِّل من في عياله بمباشرة ذلك، فيبرأ المديون بالدفع إليه، ويحصل غرض الموكِّل[٣]، وأساس ذلك العرف الشائع بأنَّ عيال الشخص البالغين يقومون مقام آبائهم في قبض الديون، فإن اشترط الموكِّل على الوكيل أن يباشر ذلك بنفسه تعين عليه.

٥ـ الوكيل بدفع الزكاة إذا وكَّل غيره، ثم وكَّل وكيل الوكيل غيره، وهلم جرا، فدفع الآخر الزكاة جاز، ولا يتوقف على إجازة صاحب المال[٤].

---

(١) انظر: شرح ميارة ١/١٣٢، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٢٣٠، تكملة المجموع للمطيعي ١٤/١١٢ التاج المذهب للعنسي ٤/١٣٣.

(٢) انظر: شرح الخرشي ٦/٧٨، شرح ميارة ١/١٣٢، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٢٣٠، تكملة المجموع للمطيعي ١٤/١١٢.

(٣) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٣/١٤.

(٤) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٣/١٤، رد المحتار لابن عابدين ٢/٢٧٠.

٦- يجوز للوكيل أن يوكِّل غيره، أو أن يستعين به في أعمال الوكالة، إذا عجز عن القيام به بنفسه مستقلًّا[١]، حيث لم يقدر على إعلام الموكِّل بذلك.

وحيث جاز للوكيل التوكيل بسبب من الأسباب السابقة، فليوكِّل - وجوبًا - أمينًا؛ رعاية لمصلحة الموكّل؛ لأنَّ مبنى الوكالة على الأمانة والإرفاق، إلا إن عيَّن له الموكِّل المالك شخصًا بعينه، فيتبع تعيينه؛ لأنَّ الحق للمالك فيما يملك[٢]، ما لم يكن فسق الشخص المعين وعدم صلاحيته لمباشرة أعمال الوكالة أمرًا خافيًا على الموكِّل؛ فيلزم الوكيل من جهة الديانة أن يخبر الموكِّل صاحب المال بهذا؛ لأنَّ الوكيل أمين.

أدلة الضابط :

١- أن مبنى الوكالة على الخصوص؛ فيملك قدر ما أفاده، ولا يثبت العموم إلا بلفظ يدل عليه، وهو قول الموكِّل: (اعمل برأيك)، أو نحو ذلك[٣].

٢- أن الموكِّل في الوكالة الخاصة إنما رضي برأي الوكيل وتدبيره لا رأي غيره وتدبيره، والناس يتفاوتون في الرأي والتدبير، فلا يكون الموكِّل راضيًا بغيره[٤]، والرضا هو أساس العقود الجارية بين الناس.

٣- أن الوكيل لا يتصرف بولاية نفسه؛ لعدم الملك، بل بولاية مستفادة من قبل الموكِّل[٥]، فتمتنع عليه أعمال الولاية فيما وكِّل فيه.

---

(١) انظر: حاشية البجيرمي ٣/٥٩.
(٢) انظر: حاشية البجيرمي ٣/٥٩، ٦٠.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/٢٨.
(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ١١/١٧٥، الأم ٣/٢٣٧.
(٥) انظر: بدائع الصنائع ٦/٣٤.

تطبيقات الضابط :

١- إذا وكَّل شخصٌ آخر ببيع شيء أو شرائه، فليس له أن يوكِّل غيره في ذلك[١]؛ لأنَّ الأصل في الوكيل أنه لا يجوز له أن يوكِّل غيره فيما وكِّل فيه[٢].

٢- الوكيل بالسلم ليس له أن يوكِّل غيره إلا أن يقول له الموكِّل: (اصنع ما شئت)[٣]؛ لأنَّ الأصل أنه لا يجوز للوكيل أن يوكِّل غيره.

٣- الوكيل بالطلاق ليس له أن يوكِّل غيره فيما وكِّل فيه[٤]؛ لأنَّ الوكيل ليس له أن يوكِّل غيره في الوكالة الخاصة.

٤- الوكيل بالتزويج ليس له أن يوكِّل غيره بذلك[٥]؛ لأنَّ الوكيل باعتبار الأصل ليس له أن يوكِّل غيره.

٥- إذا وكَّل شخص في الأخذ له بالشفعة شخصًا آخر، فليس للوكيل أن يوكِّل آخر في ذلك[٦]؛ لأنَّ الوكيل باعتبار الأصل ليس له أن يوكِّل غيره.

٦- الوكيل بقبض الدَّين ليس أن يوكِّل غيره[٧]؛ لأنَّ الأصل في الوكيل أنه لا يجوز له أن يوكِّل غيره.

---

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣/٤٠١.
(٢) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١٠/٦٧.
(٣) انظر: الفتاوى الهندية ٣/٢٠٠.
(٤) انظر: الفتاوى الهندية ١/٤٠٩.
(٥) انظر: الفتاوى الهندية ٣/٦١٠، شرح النيل ٦/٢٤٠.
(٦) انظر: الفتاوى الهندية ٥/١٩٠.
(٧) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/٢٣٠، غمز عيون البصائر ٣/١٤.

٧ ـ الوكيل بالصلح ليس له أن يوكِّل غيره في القيام بذلك[١]؛ لأنَّ ليس لمن وكِّل بأمر باعتبار الأصل أن يوكِّل به غيره.

٨ـ الوكيل بالرهن ليس له أن يوكِّل غيره بالرهن، وتسليط المرتهن على بيع الرهن، إلا إذا قال له الموكِّل: (اعمل ما شئت)؛ فحينئذ يجوز له أن يوكِّل غيره في ذلك[٢]؛ لأنَّ الأصل في الوكيل أنه ليس له أن يوكِّل غيره.

٩- الوكيل بالخصومة، وهو من يقوم مقام الموكِّل في المطالبة بحقوقه أمام الجهات القضائية وما في حكمها، وهو من يطلق عليه مصطلح (المحامي) عُرفًا، ليس له أن يوكِّل غيره بذلك؛ لأنَّ الأصل أنه لا يجوز للوكيل باعتبار الأصل أن يوكِّل غيره فيما وكِّل فيه[٣].

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

---

(١) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣/٥٣٥.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٣/٥٣٣.

(٣) انظر: المبسوط ١٩/١٢.

ضوابط باب الحجر



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٦٨

نص الضابط: كُلُّ مَنْ يَعْجزُ عَن النَّظَرِ لِنَفْسِهِ، يُحْجَرُ عَلَيهِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط :

كل من كان في الـحَـجْـر عليه نظرٌ له، صح الـحَجْر عليه[(٢)].

صيغ ذات علاقة :

١- الحجر مشروع بطريق النظر للمسلمين، ولدفع الضرر عنهم[(٣)]. (أصل للضابط).

٢- لا يُحجر على من كان قادرًا على النظر لنفسه[(٤)]. (عكس الضابط).

شرح الضابط :

موضوع هذا الضابط يتعلق بالـحَجْر المالي.

و(الحَجْر) لغـة : المنع[(٥)]، ومنه الحديـث: «لقد حَجَّـرْتَ واسعًا»[(٦)]

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٩/٢٦١.

(٢) التجريد للقدوري (بتصرف يسير) ٦/٢٩٣٤.

(٣) انظر: الكافي شرح البزدوي للسغناقي٥/٢٤٠٣، وفي البناية للعيني١٠/١١٤ : «الحجر لمعنى النظر».

(٤) انظر: الهداية مع العناية ٩/٢٦١.

(٥) انظر: القاموس المحيط للفيروز آبادي ص ٣٧١، المعجم الوسيط ١/١٥٧.

(٦) صحيح البخاري (٥٦٦٤).

واصطلاحًا: منع مالك المال من التصرف فيه؛ لسبب يخلُّ به شرعًا[١].

والأسباب التي تُخلُّ بالتصرفات المالية فتستوجب الحجْر، عديدة ومتنوعة، ويتنوع الحجْر تبعًا لها.

فمنها ما يعود لمصلحة المحجور عليه نفسه: كالحجر على الصبي ومن في حكمه.

ومنها ما يعود لمصلحة غيره: كالحجْر على الـمَدين المفلس؛ حفظًا لحق غرمائه، وعلى المريض مرض الموت؛ لحفظ حق الورثة[٢].

وهذا الضابط يتناول نوعًا من الأشخاص الذين يستحقون الحجْر لمصلحة أنفسهم، وهم المعبر عنهم في هذا الضابط بـ«من يعجز عن النظر لنفسه».

ومعنى عبارة «يعجز عن النظر لنفسه»: أي أنه يعجز عن معرفة مصلحته، وإدراك عواقب أموره في أمواله، فليس عنده من الوعي الكافي، والشعور الكامل، والمقدرة على التمييز بين ما يعود عليه بالنفع وما يعود عليه بالضرر في تصرفاته المالية؛ ولهذا يُحجر على مثل هذا الشخص ماليًّا، فلا تنفذ تصرفاته في أمواله - وإن كانت تصدر عنه - مثل كونه يتعامل بالبيع والشراء مثلا في أمواله، أو يَهَب لأحد شيئًا من ماله، أو يتبرع أو يتصدق من أمواله، فكل تلك التصرفات المالية ونحوها لا تسري عليه، بل تُعتبر لاغية لا أثر لها، وكأنها لم تصدر عنه أصلا، وذلك من باب المصلحة له.

---

(١) انظر: اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ٤٢٦/١، مجلة الأحكام للقاري م/١٤٥٧، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ١٥٤/٢-١٥٥، كشاف القناع للبهوتي ٤١٦/٣، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي لمصطفى الخن ومصطفى البغا وعلي الشربجي ٥٩٣/٣.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٢٩٥/٤، كشاف القناع ٤١٦/٣، مغني المحتاج للشربيني ١٣٠/٣، الفقه المنهجي (السابق) ٥٩٣/٣.

ويندرج تحت هذا الضابط من يلي:

(الصبي): وهو من لم يحتلم، أو لم يبلغ سِنَّ الحُلُم.

(المجنون): وهو فاقد التمييز، سواء كان بشكل جزئي أو كلِّي، إذا كان ذلك يسري بالاضطراب إلى تصرفاته المالية.

(المعتوه): هو المختلُّ العقل[١].

ومفاد الضابط: أن هؤلاء الأشخاص يستحقون الحجْر؛ إذ الغرض منه تحقيق مصلحتهم؛ ذلك أن الصبي ومن أُلحق به من هؤلاء الأشخاص، لا تسقط عنهم أهلية التملك والحيازة، لكن بما أن ثمرة الملكية هي ما يتبعها من سياسة التصرف في المال عن طريق البيع والشراء والإيجار، وغير ذلك من التصرفات المالية التي ينبغي أن تُحقق الهدف المرجوَّ منها، وهو الاستثمار المالي، وتلك التصرفات المالية لا تستقيم ولا تتحقق إلا على رشد كامل ونباهة تامة في شؤون المال والوعي بها، وهو غير موجود في هؤلاء الأشخاص؛ فاقتضى النظر المصلحي لهم: أن يُحجر عليهم عن نفاذ تصرفهم في أموالهم؛ حفظًا لها من الضياع والتلف[٢].

ومضمون الضابط متفق عليه بين أهل العلم، إلا أنه يوجد خلاف في تطبيقه في بعض الصور، ومن أبرزها:

أن الصبي إذا وصل إلى مرحلة البلوغ وهو متكامل العقل والشعور، إلا أنه مع ذلك لم يؤنَس منه (رُشد مالي)، ولا نضج فيما يتعلق بحُسن التصرف في الأمور المالية، أي أنه ما يزال يُلحظ عليه قصور في النظر لنفسه ومعرفة مصالحه

---

(١) انظر: لما سبق من التعريفات: مجلة الأحكام للقاري م/١٤٦٠-١٤٦٢ ومجلة الأحكام العدلية م/٩٤٤-٩٤٧، الفقه المنهجي (السابق) ٥٩٦/٣ و٢١١/٨.

(٢) انظر: الفقه المنهجي (السابق) ٥٩٦/٣.

في تصرفاته المالية، فهل يستمرُّ الحكم السابق بالحجْر عليه (الذي كان موجودًا في حقه من قبل البلوغ)، أم يكون الحجْر السابق قد ارتفع بمجرد بلوغه عاقلا؟

فقد اختلفت آراء الفقهاء في هذه الصورة كما يلي:

الاتجاه الأول: يرى مشروعية الحَجْر على مثل هذا الشخص، والقائلون بهذا هم أبو يوسف ومحمد بن الحسن (من الحنفية)، والشافعية والمالكية والحنابلة والإباضية والإمامية[1].

وحجة هذا الفريق هو ما يُفصح عنه هذا الضابط من مناط الحجْر، وهو أن هذا الشخص ما يزال يعجز عن التصرف في ماله على وجه المصلحة؛ فيستمر الحجر عليه - كما كان سابقًا - من باب النظر له؛ لبقاء علة الحجْر[2].

الاتجاه الثاني: يرى أن الأصل أنه لا يُحجر على الشخص في هذه الصورة، وبهذا قال أبو حنيفة ومعه زُفر بن الهذيل من الحنفية، وبه يقول الظاهرية والزيدية[3].

---

(١) شرح صحيح البخاري لابن بطال ٥٢٩/٦، شرح النووي على صحيح مسلم ١٩١/١٢، فتح الباري لابن حجر ٣٣٨/٤، عمدة القاري للعيني ٢٤١/١٢، سبل السلام للصنعاني ٥٧/٣، نيل الأوطار للشوكاني ٣٦٨/٥، المهذب للشيرازي ٣٣١/١ -٣٣٢، القوانين الفقهية لابن جزي ٢١١/١، الروض المربع للبهوتي ٢٢٧/٢، شرح النيل لأطفيش ٦٧٣/١٣-٦٧٥، شرائع الإسلام للحلي ٨٥/٢ - ٨٦.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٢٩٥/٤.

(٣) انظر: سنن الترمذي ٥٥٢/٣ (١٢٥٠) وسنن الدارقطني ٢٣١/٤، أحكام القرآن للجصاص ٢١٥/٢، الاستذكار لابن عبد البر ٣٠٤/٧، شرح صحيح البخاري لابن بطال ٥٢٩/٦، شرح النووي على مسلم ١٩١/١٢، فتح الباري ٣٣٨/٤، عمدة القاري ٢٣٤/١١ و٢٤٦/١٢، سبل السلام ٥٧/٣، نيل الأوطار ٣٦٨/٥، الهداية ٢٨١/٣، الدر المختار للحصكفي ١٤٧/٦، المحلى ٢٧٨/٨، ٢٨٣-٢٨٤، الأحكام في الحلال والحرام ليحيى بن الحسين ص ١٥٥، التاج المذهب للعنسي ١٦٠/٤، البحر الزخار لابن المرتضى ٨٩/٦.

وحجة هؤلاء أن «الأصل عدم الـحَـجْـر على العاقل البالغ»[١].

غير أن أبا حنيفة - ومعه زُفر- من أصحاب هذا الفريق، يقولان في صورة الصبي الذي بلغ عاقلا ولم يكن رشيدًا، أنه وإن كان لا يُحجر عليه فإنه يُمنع من تسليم أمواله إليه حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنة من عمره، ، فإذا بلغ هذا العمر دُفع إليه مالُه بكل حال، وإن لم يؤنَس منه رشد؛ لأنَّ منع المال عنه إلى هذه المدة كان من باب النظر له[٢]؛ إذ كانت تُرجى فائدته ومصلحتُه، وهي أن «الظاهر أن من بلغ هذا السِّنَّ لا ينفك عن الرشد إلا نادرًا، فأقيم مقام الرشد على ما هو المتعارف في الشرع من تعلق الأحكام بالغالب»[٣]، فكان منع المال عنه في هذه المدة إجراء وقائيًّا - تطبيقًا لمناط هذا الضابط بقدر الضرورة - فإذا لم يعُد إلى (رُشده المالي) طيلة هذه المدة، فيكاد يُستبعد منه صلاح حاله بعد هذا السِّنِّ ظاهرًا وغالبًا، فلا فائدة للمنع والـحَـجْر عليه بعد ذلك؛ لأنَّ الحجْر عليه بعد ذلك لا يكون مصلحة في حقه، بل سوف يتمحض ضررًا بإبطال أهليته[٤].

ويجيب عن هذا أصحاب الاتجاه الأول القائلون بالحجر على مثل هذا الشخص مطلقًا مهما بلغ من عمره ما دام لا يعود إلى رُشده فيما يتعلق بالمال: أن «ما أوجب الحجْر قبل خمس وعشرين، يوجبه بعدها»[٥].

---

(١) الفروق للقرافي ١٣٧/٣، تهذيب الفروق لمحمد علي المالكي ١٧٠/٣ وكل منهما عزاه للإمام أبي حنيفة، وهو كذلك عنده، انظر: تكملة فتح القدير ٢٥٩/٩، النافع الكبير لمن يطالع الجامع الصغير لمحمد عبد الحي اللكنوي ص ٤٠١، تكملة المجموع للمطيعي ٤١/١٣ وعزاه أيضًا لأبي حنيفة.

(٢) انظر: الوصول إلى قواعد الأصول للتمرتاشي ٣١١/١.

(٣) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٢٦٩/٢.

(٤) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢١٥/٢، اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ٤٢٦/١ و٤٢٨، التفسير الكبير للرازي ١٥٤/٩، تفسير القرطبي ٢٩/٥-٣٠، الدر المختار ١٤٩/٦، الهداية ٢٨٢/٣، بدائع الصنائع للكاساني ١٦٩/٧-١٧٠.

(٥) المغني ٢٩٦/٤.

أدلة الضابط :

١- الأصل في مشروعية الحجر على هذا النوع من الأشخاص:

قوله تعالى: ﴿وَٱبۡتَلُواْ ٱلۡيَتَٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡ﴾ [النساء: ٦].

أرشد الله تعالى في هذه الآية إلى أن يُختبر اليتيم (وهو من أصناف المحجورين) قبل دفع أمواله إليه؛ لمعرفة خبرته في التصرف فيها؛ «ليُعلم هل يقع التصرف منه فيها على وجه المصلحة أو لا؟»[(١)]، فإن تبيَّن لوليِّ اليتيم حسنُ تصرف اليتيم فيها، «وأنه يُحب توفير ماله والزيادة فيه، وأن لا يُتلفه فيما لا يعود عليه نفعه»[(٢)]، سَلَّم إليه أمواله، وإلا لم يُسلِّمها، فدل النص على عدم دفع أموال هذا الصنف من المحجورين إليهم قبل اختبارهم فيها؛ حتى لا يتصرفوا فيها بما يؤدي إلى تلفها وضياعها[(٣)].

قال الشافعي: «كان قضاء الله عز وجل أن تُحبس عنهم أموالهم حتى يبلغوا ويُؤنَس منهم رشد، فكانت في ذلك دلالة على أن لا أمر لهم، وأنها محبوسة برحمة الله لصلاحهم في حياتهم، ولم يُسلَّطوا على إتلافها فيما لا يلزمهم ولا يُصلح معايشهم»[(٤)].

٢- وكذلك قوله سبحانه وتعالى في آية الدَّين: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيۡهِ ٱلۡحَقُّ سَفِيهًا أَوۡ ضَعِيفًا أَوۡ لَا يَسۡتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلۡيُمۡلِلۡ وَلِيُّهُۥ بِٱلۡعَدۡلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

---

(١) مقتبس بتصرف من المغني ١٠/٣٣٤.

(٢) الأم للشافعي ٣/٢١٥.

(٣) انظر: الأم ٣/٢١٩، الحاوي للماوردي ٦/٣٣٩، المغني ٤/٢٩٥، بدائع الصنائع ٧/١٧٠، الذخيرة للقرافي ٨/٢٢٨ و٢٣٠، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٦/٤٤٦٢-٤٤٦٣.

(٤) الأم ١/٢٦١.

فسَّر الشافعي رحمه الله تعالى: (الضعيف): بالصغير الذي يضعُف عن القيام بأمره والتصرف في ماله، وفَسَّر: (الذي لا يستطيع أن يُمِلّ)): بالمغلوب على عقله، وواضح من هذا التفسير أن كلًّا من هذين الشخصين عاجز عن معرفة مصلحة نفسه، وقد أخبر الله تعالى في هذه الآية أن من كان كذلك، ينوب عنه وليُّه فيما يتعلق بأمور المداينات (وهي من المعاملات المالية)؛ فدل على ثبوت الحجر فيها على مثل هذين الشخصين؛ نظرًا لعجزهما عن القيام بما تقتضيه مصلحتهما[1].

٣- الحجْر رحمة ومصلحة وصون وتعاون، وذلك أن المحجور عليه ناقص العقل، ليس أهلا لتقدير المصلحة، فيكون الحجر عليه محققًا لمصلحته؛ حتى يُحفظ ماله له إلى وقت تكثر فيه مسؤولياته وتتعدد واجباته، فلا يواجه الحياة حينئذ بما يكون قد تراكم عليه من هموم ومشكلات مالية، وإنما يجد في ماله سبيلا للعيش الكريم، وشق طريق الحياة.

كما أن الحجر على أمثال هؤلاء عون لهم من طرف وليِّهم؛ بتدريبهم في التصرف في المال وممارسة شؤون التجارات، والإنفاق على الأمور الضرورية لهم، والبعد عن الصرف فيما لا يعود عليهم بالنفع والخير[2].

تطبيقات الضابط :

١- لا يصح تصرف الصبي غير المميِّز في بيع أو شراء أو هبة أو تبرع ونحوها، أي لا يصح أن يكون هو طرفًا مستقلا في أي عقد من

---

(١) انظر: الأم٢/٢٤٥، ٣/٩٣، ٣/٢١٨، الحاوي٦/٣٤٠، المغني ٤/٢٩٦، بدائع الصنائع ٧/١٦٩، الذخيرة ٨/٢٤٥، كفاية الأخيار للحصني ص ٢٥٧، فتح الوهاب لزكريا الأنصاري ١/٣٤٩، تفسير ابن جُزي ١/٩٦، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٦/٤٤٦٣.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٦/٤٤٦٣-٤٤٦٤.

العقود؛ إذ هو ثمرة الحجْر الذي دلَّت عليه النصوص الشرعية[١].

٢- لا يُسلَّم للصبي غير المميِّز مالُه؛ لأنَّ وضع المال في يد من لا عقل له إتلافٌ للمال[٢].

٣- المجنون الـمُطبِق (وهو المصاب بالجنون الكلِّي المستمر في جميع الأوقات): في حكم الصغير غير المميِّز[٣]، أما المجنون غير الـمُطبِق (وهو المصاب بالجنون المتقطِّع، أي يذهب عقله في وقت، ويُفيق في وقت آخر): فتصرفاته في حال جنونه كالصبي غير المميز؛ لأنَّه فاقد الأهلية، وأما في حال إفاقته، فإن كانت الإفاقة تامة بحيث يكون مثل هذا الشخص كامل العقل والتمييز: فُعتبر تصرفاته صحيحة نافذة، وإن كانت إفاقته غير تامة بأن كان يعقل بعض الأشياء دون بعض: فتصرفاته موقوفة على إجازة وليِّه، كالصبي المميِّز إذا كانت مما تحتمل النفع والضرر، وتبطل إذا كانت ضارة محضة، وتنفذ إذا كانت نافعة محضة[٤].

٤- قال المالكية: إذا تصرف الصغير، ولو كان مميِّزًا، تصرفًا ماليًّا بغير عوض، كالهبة والصدقة والإعارة والقرض، فيتعين على وليِّه ردُّ تصرفه وإبطاله وإن كان تصرفه في بادئ الأمر بإذن وليه؛ لأنَّه لا يدرك وجه المصلحة في تصريف أمواله[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٧١/٧، القوانين الفقهية ص ٢١١، الفقه الإسلامي للزحيلي ٤٤٦٨/٦، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي ٥٩٦/٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٧٠/٧.

(٣) مجلة الأحكام العدلية م/٩٧٩.

(٤) مجلة الأحكام العدلية م/٩٨٠، الفقه الإسلامي للزحيلي ٤٤٨٩/٦.

(٥) انظر: القوانين الفقهية ص ٢١١، الشرح الكبير للدردير ٢٩٤/٣، مدونة الفقه المالكي للغرياني ٦٥٩/٣.

٥- من أخذ من الصبي أو المجنون مالا بغير إذن وليِّهما، ضمنه لتعدِّيه بقبضه ممن لا يصح منه دفعٌ، حتى يأخذه ولي الدافع منه؛ لأنه هو الذي يصح قبضه، إلا إذا كان الآخذ أخذ المال من الصبي والمجنون حفظًا له من الضياع، لم يضمنه؛ لأنَّ في ذلك إعانة لرد الحق إلى مستحقه[١].

٦- المعتوه في حكم الصغير المميِّز؛ وعليه فإذا تصرف المعتوه تصرفًا ضارًّا به ماليًّا، كأن يهب شيئًا لآخر أو يُهديه إياه، أو يتصدق عليه به، فهو باطل ولو أجازه وليه، أما عقوده الدائرة بين النفع والضرر كالبيع والشراء، فتنعقد موقوفة على إجازة الولي إلا أنه يشترط في صحة إجازة المعتوه أن يكون عاقلا؛ بحيث يعلم أن البيع سالب للملكية والشراء جالب لها، وإلا فتصرفاته باطلة وإجازتها غير جائزة[٢].

٧- الشيخ الكبير في السِّن إذا اختلَّ عقله يُحجر عليه؛ لأنَّه يعجز عن التصرف في ماله على وجه المصلحة؛ فأشبه الصبي[٣].

٨- من تبرع أو تصرف في حال حجره، فثبت كونه رشيدًا حين التبرع والتصرف، نفذ تصرفه[٤].

استثناءات من الضابط:

١- إذا تصدق شخص على المحجور (كاليتيم مثلا) بصدقة أو وَهَب له هبة وشَرَط أن يُترك ذلك بيد المحجور ولا يُحجر عليه فيه، فإن

---

(١) انظر: كشاف القناع ٣/٤٤٣.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٧٠٠.

(٣) انظر: المغني ٤/٣٠٣ ومجلة الأحكام للقاري م/١٤٦١.

(٤) مجلة الأحكام للقاري م/١٤٧٤.

تصرف المحجور في تلك الصدقة والهبة ماضٍ حسب الشرط، ولا يحق لوليِّه أن يحجُر عليه فيها[١].

٢- لا بأس للوليِّ أن يدفع إلى الصبي المميِّز شيئًا من أمواله، ويأذن له بالتجارة من باب الاختبار له، وهذا عند الحنفية والمالكية والحنابلة؛ لأنَّ المميِّز عاقل محجور عليه، فيرتفع حجْره بإذن وليه، ويصح تصرفه بهذا الإذن، وهذا رأي معقول؛ لاتفاقه مع طبيعة تدريب الصبي على التصرفات، فلو تصرف بلا إذن لم يصح عند الحنابلة، وأما عند الحنفية والمالكية: فتبقى تصرفاته حينئذ موقوفة على إجازة الوليِّ، فإن رأى مصلحة أمضاها، وإلا رُدَّت وبطلت، ولا كلام في ذلك لمن عامل الصبي بمثل هذه المعاملة[٢].

٣- من استأجر صبيًّا بلا إذن وليِّه لعمل ما، ودفع له أجرته بعد انتهاء العمل، لا يحق له أن يستردَّ ما دفعه إليه من تلك الأجرة؛ لأنَّ هذه الإجارة وإن كانت وقعت في حال الحجْر إلا أنها عادت صحيحة بعد الفراغ؛ لأنَّ الصبي محجور عن التصرف الضار لا النافع؛ ولذا جاز قبوله الهدية بلا إذن، وجواز الإجارة بعد ما انتهى الصبي من العمل تمحض نفعًا؛ لحصول الأجر بلا ضرر؛ فصح قبضه الأجرة؛ لأنَّه العاقد، فلا يملك المستأجر الاسترداد[٣].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

---

(١) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٤/٢٤٧-٢٤٨ و٥/٧٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٧٠ و١٩٤، القوانين الفقهية ص ٢١١، الشرح الكبير للدردير ٣/٢٩٤، كشاف القناع ٣/٤٤٥-٤٤٦، البحر الزخار ٤/٣٠٥، الفقه الإسلامي للزحيلي ٦/٤٤٦٨، مدونة الفقه المالكي للغرياني ٣/٦٥٩.

(٣) انظر: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٦/٧٤.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٦٩

نص الضابط: كُلُّ مُبَذِّرٍ لِمَالِهِ يُحْجَرُ عَلَيهِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط :

١- الـحَجْر يجب على كل مضيِّع لماله[(٢)].

٢- الـحَجْر على الحرِّ السفيه العاقل البالغ المبذر لماله صحيح[(٣)].

صيغ ذات علاقة :

١- الأصل عدم الـحَـجْـر على العاقل البالغ[(٤)]. (صيغة مخالفة).

٢- لا حَجْر للسفه والسرف مع كمال العقل[(٥)]. (صيغة مخالفة).

٣- لا يُحجر على الحرِّ البالغ العاقل السفيه[(٦)]. (صيغة مخالفة).

٤- الحرّ لا يُحجر عليه لدَين ولا لسَفَه[(٧)]. (صيغة مخالفة).

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/٢٦١.

(٢) الإجماع لابن المنذر ص ٩٩.

(٣) إيثار الإنصاف في آثار الخلاف لابن الجوزي ١/٣٨١.

(٤) الفروق للقرافي ٣/١٣٧، تهذيب الفروق لمحمد علي المالكي ٣/١٧٠.

(٥) البحر الزخار لابن المرتضى ٦/٨٩.

(٦) الهداية للمرغيناني ٣/٢٨١.

(٧) الاستذكار لابن عبد البر ٧/٣٠٤.

٥- كل مكلف لا يَحجُر عليه الحاكم في ملكه[١]. (صيغة مخالفة).

٦- لا يُحجَر على الحرِّ العاقل البالغ إلا على من يتعدى ضرره إلى العامة[٢]. (صيغة مخالفة).

شرح الضابط :

هذا ضابط يتحدث عن سبب آخر من الـحَجْر المالي، وهو الحجر على الشخص البالغ العاقل بسبب كونه سفيهًا في تصرفاته المالية، وهو المعبِّر عنه في نص الضابط بتضييع المال.

وقد سبق قبل هذا ضابط يتعلق بالحجر على الصبي، ومن في حكمه بصيغة: «كل من يعجز عن النظر لنفسه، يُحجر عليه»، وتقدم فيه بيان معنى الحجر وأسبابه، ومنها هذا السبب الذي يدور حوله الضابط محل البحث.

وكون الشخص مضيِّعًا لماله - كما جاء في نص الضابط - هو الذي يطلق عليه عند الفقهاء اسم «السفيه» في باب الحجْر.

فالمراد بـ «السفيه» هنا: (السفيه في المال)، وهو أن لا يُحسِن الشخص التصرف في أمواله ولا المحافظة عليها، ويتصرف فيها على غير نهج العقلاء؛ «لاتباع الهوى ومكابرة العقل، لا لنقصان في عقله»[٣]، فلا يتوقَّى من التبذير في أمواله وتضييعها، أوصرفها فيما لا مصلحة فيه ولا غرض ديني أو دنيوي[٤].

---

(١) التجريد للقدوري ٦/ ٢٩٣٠.

(٢) انظر: مجمع الضمانات لابن غانم ٢/ ٨٩٨ وفي بحث (الأهلية وعوارضها) لأحمد إبراهيم بك ٢/ ٥٢٤ «الحجر على الحر لدفع ضرره عن العامة مشروع».

(٣) المبسوط للسرخسي ٢٤/ ١٦٦.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٤/ ٢٩٥، عمدة القاري للعيني ١٢/ ٢٤٦، أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٢١٤، تفسير الرازي ٩/ ١٥١ و١٥٣، مجلة الأحكام العدلية (م/ ٩٤٦ و٩٤٧)، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢١١، نيل الأوطار للشوكاني ٥/ ٣٧٠.

قال الفخر الرازي في تفسير قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا﴾ [النساء: ٥]: «المراد بالسفهاء: كل من لم يكن له عقل يفي بحفظ المال»، ثم ذكر «أنه ليس السفه في هؤلاء صفة ذم، ولا يفيد معنى العصيان لله تعالى، وإنما سُموا سفهاء؛ لخفة عقولهم ونقصان تمييزهم عن القيام بحفظ الأموال»[١].

ويدخل في حكم السفيه: المغفَّل (أو من يُعرف بالبلاهة) الذي لا يعرف كيف يتصرف في الأخذ والإعطاء، ولا يهتدي إلى التصرفات الرابحة في التجارة[٢].

وضدٌ «السَّفه»: «الرُّشد» المعبِّر عنه في قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٦] فالمراد بالرشد هنا: «الضبط في الأمور المالية»[٣].

ومعنى الضابط: أن الحجْر على الشخص السفيه المبذِّر لماله صحيح محقق لمصلحته؛ لأنَّه يُتلف ماله ويضيِّعه في غير الوجوه النافعة؛ لِما يتصف به من خفة العقل والطيش في صرف المال بلا مبالاة، ولا تقدير لما سيجرُّ عليه هذا السفه، ويفتح عليه في المستقبل من منافذ العوز والفاقة والفقر، وقد يصبح بذلك عالة على المجتمع؛ فاقتضى النظر المصلحي الحجْر على مثله صونًا لماله من العبث، وحدًّا لهوى النفس بالإنفاق في وجوه غير صحيحة، فالمال عصب الحياة؛ فيجب إنفاقه في غير إسراف ولا تبذير، وقد نهى الله تعالى عن التبذير وذمّ أهله «غاية المذمّة»[٤] فقال: ﴿إِنَّ ٱلْمُبَذِّرِينَ كَانُوٓا۟ إِخْوَٰنَ ٱلشَّيَـٰطِينِ ۖ وَكَانَ ٱلشَّيْطَـٰنُ لِرَبِّهِۦ كَفُورًا﴾[٥] [الإسراء: ٢٧].

---

(١) تفسير الرازي ١٥١/٩.
(٢) انظر: عمدة القاري ٢٥٥/١٢، المجلة العدلية م/٩٤٦.
(٣) انظر: القوانين الفقهية ٢١١/١، تفسير الرازي ١٥٣/٩.
(٤) الكشاف للزمخشري ٦١٩/٢.
(٥) انظر: الفقه الإسلامي للزحيلي ٤٤٦٤/٦، مدونة الفقه المالكي للغرياني ٦٥٥/٣.

و(التبذير): «بسط اليد في المال على حسب الهوى جزافًا»[١].

قال أبو حيان الأندلسي: «كانت الجاهلية تنحر إبلها وتتياسر عليها، وتبذِّر أموالها في الفخر والسمعة، وتذكر ذلك في أشعارها، فنهى الله تعالى عن النفقة في غير وجوه البِـرِّ وما يُـقرِّب منه تعالى»[٢].

وجاء في كلام البقاعي أن هذا التشبيه - وهو تسمية المبذرين بإخوان الشياطين - إنما هو لكونهم «البعيدين من الرحمة، المحترقين في اللعنة، فإن فعلهم فعل النار التي هي أغلب أجزائهم، وهو إحراق ما وصلت إليه لنفع وغير نفع، فإذا لم يجدوا أخذوا ما ليس لهم»[٣].

«ومعنى كون الشيطان كفورًا لربه، هو أنه يستعمل بدنه في المعاصي والإفساد في الأرض، والإضلال للناس، وكذلك كل من رزقه الله تعالى مالا أو جاهًا، فصرفه إلى غير مرضاة الله تعالى كان كفورًا لنعمة الله تعالى، والمقصود: أن المبذرين إخوان الشياطين، بمعنى كونهم موافقين للشياطين في الصفة والفعل، ثم الشيطان كفور لربه؛ فيلزم كون المبذر أيضًا كفورًا لربه»[٤]، وفي هذا التذييل الختامي للآية إشارة إلى أن «الاقتصاد أدعى إلى الشكر، والتبذير أقود إلى الكفر»[٥].

وبالجملة: «فالسفه المقتضي للحـجْر عند من أثـبَته: هو صرف المال في الفسق، أو فيما لا مصلحة فيه ولا غرض ديني ولا دنيوي، لا صرفه في أكلِ طيِّب ولُبس نفيس وفاخر المشموم، لقوله تعالى: ﴿قُلْ مَنْ حَرَّمَ زِينَةَ ٱللَّهِ ٱلَّتِيٓ أَخْرَجَ

(١) نظم الدرر للبقاعي ٤/٣٧٦.
(٢) البحر المحيط لأبي حيان ٦/٢٧.
(٣) نظم الدرر للبقاعي ٤/٣٧٦.
(٤) التفسير الكبير للرازي ٢٠/١٥٥.
(٥) نظم الدرر للبقاعي ٤/٣٧٦.

﴿لِعِبَادِهِۦ وَٱلطَّيِّبَٰتِ مِنَ ٱلرِّزۡقِ﴾ [الأعراف: ٣٢]، وكذا لو أنفقه في القُرَب»[١].

هذا، ومضمون الضابط مختلف فيه بين أهل العلم: فذهب جمهور أهل العلم: وهم أبو يوسف ومحمد بن الحسن (من الحنفية)، والفتوى على قولهما، وكذلك الشافعية والمالكية والحنابلة والإباضية والإمامية: إلى مشروعية الحَجْر على الشخص لسفهه في تصرفاته المالية وإن كان بالغًا عاقلا[٢]، وإلى هذا الاتجاه يشير ابن المنذر بقوله: «أكثر علماء الأمصار يرون الحجر على كل مضيِّع لماله، صغيرًا كان أو كبيرا»[٣].

وذهب آخرون من أهل العلم: وهم أبو حنيفة ومعه زُفر بن الهذيل من الحنفية، والظاهرية والزيدية: إلى أن الأصل أنه لا يُحجر على الشخص لمجرد سفهه المالي، وإن كان ذلك منهيًّا عنه ومذمومًا[٤]؛ بناءً على أن «الأصل عدم الحَجْر على العاقل البالغ»[٥].

---

(١) نيل الأوطار ٥/٣٧٠.

(٢) شرح صحيح البخاري لابن بطال ٦/٥٢٩، شرح النووي على صحيح مسلم ١٢/١٩١، فتح الباري لابن حجر ٤/٣٣٨، عمدة القاري١٢/٢٤١، سبل السلام للصنعاني٣/٥٧، نيل الأوطار ٥/٣٦٨، حاشية ابن عابدين ٦/١٤٨، المهذب للشيرازي ١/٣٣١ -٣٣٢، القوانين الفقهية ١/٢١١، الروض المربع للبهوتي ٢/٢٢٧، شرح النيل لأطفيش ١٣/٦٧٣-٦٧٥، شرائع الإسلام للحلي ٢/٨٥ – ٨٦.

(٣) المغني ٤/٢٩٦ ونص ابن المنذر في كتابه (الإجماع) ص ٩٩: «وأجمعوا على أن الحَجْر يجب على كل مضيّع لماله من صغير وكبير، وانفرد النعمان وزفر فقالا: لا يحجر على الحر البالغ إذا بلغ مبالغ الرجال»؛ فتبيّن بأنه يريد بالإجماع: ما عليه الأكثر، كما نقل عنه ابن قدامة في النص أعلاه.

(٤) انظر: سنن الترمذي ٣/٥٥٢ (١٢٥٠)، وسنن الدارقطني ٤/٢٣١، أحكام القرآن للجصاص ٢/٢١٥، والاستذكار ٧/٣٠٤ وشرح البخاري لابن بطال ٦/٥٢٩، شرح النووي على مسلم ١٢/١٩١، البحر المحيط ٦/٢٧، فتح الباري ٤/٣٣٨، عمدة القاري ١١/٢٣٤ و١٢/٢٤٦، سبل السلام ٣/٥٧، نيل الأوطار ٥/٣٦٨، والهداية ٣/٢٨١، الدر المختار للحصكفي ٦/١٤٧، المحلى لابن حزم ٨/٢٧٨ و٢٨٣-٢٨٤، الأحكام في الحلال والحرام ليحيى بن الحسين ص١٥٥، التاج المذهب للعنسي ٤/١٦٠، البحر الزخار ٦/٨٩.

(٥) الفروق للقرافي ٣/١٣٧، وتهذيب الفروق لمحمد علي المالكي ٣/١٧٠.

وتوضيح وجهة نظر هذا الفريق: أن أهلية الإنسان الكاملة تتحقق ببلوغ الإنسان عاقلا، وإذا طرأ عليه طارئ لم يَذهب بعقله ولم يُضعفه، ولم يحُل دون فهمه، فهذا الطارئ لا تأثير له في أهليته، فلا يُسوِّغ ذلك الحَجْر عليه (ومنه السفه المالي)، بل إن المصالح التي تترتب على الحَجْر حينئذ - على التسليم برأي من يقول به في هذه الصورة - لا تُوازَن بالضرر الذي يلحق بسببه، حيث يعتبر الشخص السفيه المحجور عليه غيرَ أهل للتصرفات، بل قد تكون نتيجته عكسية، حيث سيؤدِّي إلى مفاسد بدلا من المصالح المتوخَّاة منه، أو على أقل تقدير ستكون مفسدته أكثر من المصلحة المطلوبة؛ ولهذا ينبغي أن يُتغاضى عن الحكم بالحجْر في مثل هذه الصورة عند هذا الفريق؛ بناء على القاعدة المعروفة: أن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح[1].

أدلة الضابط:

١- الأصل في مشروعية الحجر على السفيه:

قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَـٰمًا﴾ [النساء:٥].

نهى الله تعالى في الآية عن إعطاء السفهاء أموالهم؛ لأنَّ في إعطائهم تعريضًا لضياعها؛ فدل النص على منعهم من التصرف في أموالهم؛ حرصًا على مصلحتهم، وهو معنى الحجر عليهم[2].

قال الفخر الرازي: «(السفيه) في اللغة: هو من خفَّ وزنه، ولا شك أن من كان مبذرًا للمال مفسدًا له من غير فائدة، فإنه لا يكون له في القلب وقعٌ عند العقلاء، فكان خفيف الوزن عندهم؛ فوجب أن يُسمى بـ(السفيه)، وإذا ثبت

---

(١) انظر: علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ١٣٨ و١٤٠، الهداية ٣/ ٢٨١.

(٢) انظر: شرح ابن بطال على البخاري ٦/ ٥٢٩، المغني ٤/ ٢٩٥، بدائع الصنائع للكاساني ٧/ ١٦٩، الذخيرة للقرافي ٨/ ٢٤٥، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٦/ ٤٤٦٢ و٤٤٦٥.

هذا لزم اندراجه تحت قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ﴾»[١].

وقال الطبري في الآية: «فغير جائز لأحد أن يؤتي سفيهًا مالـه، صبيًّا صغيرًا كان أو رجلا كبيرًا، ذكرًا كان أو أنثى، والسفيه الذي لا يجوز لوليه أن يؤتيه ماله: هو المستحق الحجر بتضييعه ماله وفساده وإفساده، وسوء تدبيره ذلك»[٢].

٢- ومن أدلة مشروعية الحجر على السفيه: قوله سبحانه وتعالى في آية الدَّين: ﴿فَإِن كَانَ ٱلَّذِى عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُۥ بِٱلْعَدْلِ﴾ [البقرة: ٢٨٢].

أخبر الله تعالى أن هؤلاء الأشخاص (ومنهم السفيه) ينوب عنهم وليُّهم فيما يتعلق بأمور المداينات (وهي من المعاملات المالية)؛ فدل على ثبوت الحجر عليهم فيها، وقد فسَّر الشافعي: السفيه بأنه هو المبذر لماله، المـُفسد له في الجهات المحرمة[٣].

٣- عن المغيرة بن شعبة، قال: قال النبي ﷺ: «إن الله حرم عليكم: عقوق الأمهات، ووأْدِ البنات، ومنعٍ وهات، وكره لكم: قيل وقال، وكثرة السؤال، وإضاعة المال»[٤].

يُستدل بهذا الحديث على الحجر على البالغ لسفه وسوء تصرف، فإن السفيه يُضيِّع المال بسوء تصرفه، فيجب الإنكار عليه بحجْره عنه[٥]، ويظهر من

---

(١) تفسير الرازي ١٥١/٩.

(٢) تفسير الطبري ٢٤٧/٤.

(٣) انظر: الأم للشافعي ٢٤٥/٢ و٩٣/٣ و٢١٨/٣، الحاوي للماوردي ٣٤٠/٦، المغني ٢٩٦/٤، بدائع الصنائع ١٦٩/٧، الذخيرة ٢٤٥/٨، كفاية الأخيار للحصني ص ٢٥٧، فتح الوهاب لزكريا الأنصاري ٣٤٩/١، تفسير ابن جُزي ٩٦/١، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٤٤٦٣/٦.

(٤) رواه البخاري ١٢٠/٣ (٢٤٠٨) وفي مواضع، ومسلم ١٣٤١/٣ (٥٩٣).

(٥) انظر: سبل السلام ٥٧/٣.

إشارة الإمام البخاري في صحيحه اختياره لهذا الرأي، كما يستفاد من كلام ابن المنيِّر في كتابه (المتواري على أبواب البخاري)[١].

قال ابن عبد البر: «إضاعة المال إنفاقه في غير حقه من الباطل والإسراف والمعاصي»، ثم أورد عن بعض السلف: أنه سُئل عن الإسراف، فقال: «كل شيء أنفقته في غير طاعة الله وفي غير ما أباحه الله؛ فهو إسراف وإضاعة للمال»، وعن سعيد بن جُبير: أنه سأله رجل عن إضاعة المال: فقال أن يرزقك الله رزقًا فتنفقه فيما حرَّم الله عليك»[٢].

ونبَّه الطِّيبي في شرح هذا الحديث إلى الوجوه التي يدخل بها المرء في حدِّ تضييع المال من حيث يظنُّ أن ذلك ليس من قبيل التضييع، فقال: «إن الذي يُصرف إليه المال: إما أن يكون واجبًا، كالنفقة والزكاة ونحوها، وهذا لا ضياع فيه، وهكذا إن كان مندوبًا إليه، وإما أن يكون حرامًا أو مكروهًا، وهذا قليله وكثيره إضاعة وسرف، وإما أن يكون مباحًا، ولا إشكال إلا في هذا القسم؛ إذ كثير من الأموال يعدُّه بعض الناس من المباحات، وعند التحقيق ليس كذلك، كتشييد الأبنية وتزيينها، والإسراف في النفقة وإيتاء المال صاحبَه وهو سفيه حقيق بالحجْر»[٣].

٤- من كان بالغًا عاقلاً، ومع ذلك كان يتصرف في أمواله على غير نهج العقلاء بتبذيره وتضييعه، دل ذلك على سفهه وعدم انتفاعه بعقله؛ فيُحجر عليه كما يُحجر على الصبي غير العاقل؛ لأنَّ «انتفاء ثمرة العقل كانتفائه»[٤].

---

(١) انظر: المتواري على أبواب البخاري لابن المنيّر ص ٢٧١-٢٧٢ وانظر: صحيح البخاري ٢/ ٨٤٧ و٨٥٠.

(٢) الاستذكار ٨/ ٥٨٠.

(٣) عمدة القاري ١٢/ ٢٤٨.

(٤) الذخيرة ٨/ ٢٤٥.

تطبيقات الضابط :

١- الشخص الفاسق الذي يصرف ماله في المعاصي والوجوه الباطلة، أو يتوصل به إلى الفساد، والمبذر الذي يُسرف في النفقة، كلاهما سفيه يستحق الحجْر عليه؛ لتبذيره لماله وتضييعه إياه في غير فائدة[١].

٢- من صور تضييع المال: تمويه الأواني والسقوف بالذهب والفضة[٢].

٣- من كان شأنه أنه يصرف ماله في معاملاته المالية، كبيع وشراء واستئجار ونحو ذلك، بغبن فاحش خارج عن العادة بلا مصلحة من غير مبالاة، يُعتبر سفيهًا[٣].

٤- السفيه إذا تصرف في ماله بمعاوضة مالية بغير إذن وليِّه، كبيع وشراء وإجارة، لا تنفذ تلك التصرفات، بل تنعقد موقوفة على إجازة القيِّم عليه عند الحنفية، فإن أجاز جازت وإلا رُدّت وبطلت[٤]، وهكذا الحكم عند المالكية أيضًا، إلا أنهم صرَّحوا بأن يكون هذا التصرف المالي صدر من السفيه على وجه السداد؛ فحينئذ لوليِّه الخيار بين الإجازة والردِّ، أما إذا كان صدر على غير وجه السداد، كأن باع العقار مثلا بأقل من الثمن أو لغير مصلحة؛ فإن البيع يُردُّ قولا واحدًا[٥].

٥- أما عند الشافعية – ووجه عند الحنابلة - فلا تصح تصرفات السفيه

---

(١) انظر: المغني ٣٠٢/٤، بدائع الصنائع ١٦٩/٧، الشرح الصغير للدردير ٢٤٧/٣، مغني المحتاج للشربيني ١٦٨/٢، مجلة الأحكام للقاري م/١٤٥٧.

(٢) عمدة القاري ٢٤٨/١٢.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ١٤٧/٦، الشرح الصغير ٢٤٧/٣، مغني المحتاج ١٦٨/٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٧١/٧.

(٥) انظر: الشرح الصغير ٢٤١/٣.

المالية، ولو أذن له الوليُّ؛ لأنَّ الحجر عليه لتبذيره وسوء تصرفه، فإذا أذن له الوليُّ فقد أذن فيما لا مصلحة فيه؛ فلم يصح[١]، وعند الحنابلة -في الوجه الأرجح- لا تصح بدون إذن الولي، بل تكون باطلة[٢].

٦- من كان عاقلا غير مفسد لماله، إلا أن فيه غفلة (أو ما يُعرف بالبلاهة)؛ فلا يعرف كيف يتصرف في الأخذ والإعطاء ولا يهتدي إلى التصرفات الرابحة في التجارة، أويُخدع فيها بكثرة ويخفى عليه الخداع ولا يتبيَّنه؛ فهو في حكم السفيه، يُحجر عليه؛ صونًا لماله ورعاية لمصلحته[٣].

من صور التطبيقات المعاصرة لتضييع المال:

٧- ما يجري في أعراف بعض الأثرياء المترفين، أنهم يشترون لزوجاتهم أو أهالي بيوتهم فساتين لمجرد حضور حفلات الأعراس الزوجية والمشاركة فيها، ويبلغ ثمن تلك الفساتين عشرات الألوف من الريالات، ولا يُلبس الفستان الواحد منها إلا مرة واحدة فقط لحفلة واحدة، ثم لا يُلبس هذا الفستان لحفلة أخرى بل يُشترى حينئذ فستان آخر بمثل هذا المبلغ، وهكذا.

٨- وينطبق تضييع المال أيضًا على الأثرياء الذين لا يبالون فيما يدفعونه

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٢/١٧٠-١٧٢، المغني ٤/٣٠٧، الفقه الإسلامي للزحيلي ٦/٤٤٩٨-٤٤٩٩.

(٢) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٣/٤٤٢، الفقه الإسلامي للزحيلي ٦/٤٤٩٨-٤٤٩٩.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٩٤ و١٩٨، حاشية ابن عابدين ٦/١٤٧، عمدة القاري ١٢/٢٥٥، والمجلة م/٩٤٦ ومواهب الجليل للحطاب ٥/٥٨، مدونة الفقه المالكي للغرياني ٣/٦٥٥، الفقه المالكي الميسر للزحيلي ١/٧٢٧-٧٢٨.

من المبالغ الكبيرة في استئجار الفلل أو الشاليهات (وهي فلل من نوع خاص تكون في داخل البحر أو على الشواطئ)، أو ما يدفعونه في الملاعب والملاهي.

٩- وينطبق أيضًا على الأموال المبذولة في القمار، فهو كذلك تضييع للمال، فضل عن تحريم القمار نفسه، فينبغي أن يُحجر على من كثُر منه ذلك.

استثناءات من الضابط :

١- لا يُحجر على السفيه فيما يدفعه من المال للأمور التافهة التي لا بد له منها، كالأكل والحلاقة وغسيل الثياب، ونحو ذلك مما لا بد له من عيشه[١].

٢- تصح وصية السفيه بمقدار الثلث من ماله؛ لأنَّه كان أُبطل تصرفه المالي في حال حياته صونًا لماله على مصالحه، أما الوصية فنفذت صونًا أيضًا لماله على مصالحه؛ لأنَّها لو رُدّت لصُرف المال للورثة، فتفوته مصلحة ماله[٢].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) انظر: مواهب الجليل ٤/٢٤٧، مدونة الفقه المالكي ٣/٦٦٠.
(٢) انظر: الذخيرة ٨/٢٣٩.



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٧٠

نص الضابط: لا يَتَصَرَّفُ وَلِيُّ المَحْجُورِ عَلَيهِ إلَّا بِمَا تَقْتَضِيهِ المَصْلَحَةُ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا يتصرف لأحد من المحجور عليهم وليُّه إلا بالأحظ[٢].

٢- لا يجوز لولي الصغير والمجنون أن يَتصرَّف في مالهما إلا على وجه الحظ لهما[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- لا يتصرف الولي إلا بالغبطة[٤]. (أعم).

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافي ٨/٢٤٠ ومواهب الجليل للحطاب ٥/٦٠ ومنح الجليل شرح مختصر خليل لعليش ٦/٩٠ (كتاب الحجْر).

(٢) انظر: زاد المستقنع للحجاوي ص ١٢٥ وفي الشرح الصغير للدردير ٣/٢٤٨ «يتصرف الولي على المحجور بالمصلحة».

(٣) كشاف القناع للبهوتي ٣/٤٤٧ وفي مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٤٠٧: يحرم تصرف ولي صغير أو ولي مجنون أو ولي سفيه إلا بما فيه حظ للمحجور عليه.

(٤) الوجيز للغزالي – مع شرحه للرافعي ١٠/٢٩٠ وفي روضة الطالبين للنووي ٤/١٨٧: تصرف الولي يكون على وجه النظر والمصلحة.

٢- إنما يكون للولي الإجازة والردُّ في التصرفات المالية بعوض[١]. (قيد).

٣- إنما يكون للولي الردُّ والإمضاء بحسب ما يرى فيه المصلحة، لا بحسب شهوته واختياره[٢]. (بيان).

٤- كل ما يفعله الوصي على وجه النظر فهو جائز[٣]. (عموم وخصوص وجهي).

٥- كل من نَظَر له وصيٌّ من أبٍ أو من قاضٍ نظرًا حسنًا، فهو نافذ لازم لا يُردُّ، وإن أنفذ عليه الوصي ما ليس نظرًا لم يجز[٤]. (عموم وخصوص وجهي).

٦- التصرف الذي لا خير فيه ولا شر، ممنوع منه الولي؛ إذ لا مصلحة فيه[٥]. (بيان).

شرح الضابط:

هذا ضابط يتعلق بالمبدأ الذي ينبغي أن تقوم عليه تصرفات وليِّ المحجور عليه في حق من أُسندت إليه ولايته.

والوليُّ هو صاحب السلطة الشرعية التي يتمكن بها صاحبها من التصرف في مال غيره من غير توقف على إجازة أحد[٦].

---

(١) انظر: منح الجليل ٦/٩٠.

(٢) انظر: منح الجليل ٦/٩٠.

(٣) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢١٢، تفسير القرطبي ٣/٦٣ وفي المصدرين نفسهما في الموضع نفسه: «ما يفعله الوصي على وجه المحاباة وسوء النظر، لا يجوز».

(٤) المحلى لابن حزم ٨/٣٢٣.

(٥) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٢/١٧٤.

(٦) الفقه الإسلامي للزحيلي ٦/٤٤٧٦.

والقدر المشترك المتفق عليه بين جمهور أهل العلم فيمن يستحق الولاية، أنه: الأب، ثم وصي الأب، ثم القاضي[1].

ثم ممن يستحق الولاية أيضًا - سوى الأب، ووصيِّه، والقاضي - على اختلاف بين أهل العلم في استحقاقه لها أو عدم استحقاقه: وصيٌّ وصي الأب، والجدُّ ووصيُّه ووصيُّ وصيه، ووصيُّ القاضي، والأخ، والعم، والأم[2].

وممن تثبت الولاية له عند المالكية: جماعة المسلمين[3]، كما أن الحنابلة قالوا: إن لم يوجد حاكم بالصفات المعتبرة للولاية على المحجور عليه: فيقوم شخص أمين بهذه الولاية[4].

أدلة الضابط :

دلت نصوص من الكتاب والسنة على مضمون هذا الضابط، وأنه ينبغي على ولي المحجور عليه أن يحتاط في حفظ أموال من تحت ولايته، فمنها:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ﴾ [الأنعام: ١٥٢].

ففي الآية وقع التنبيه على أنه لا يصح التصرف في مال اليتيم إلا بالخصلة

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٥٢/٥ و١٥٥، الشرح الكبير للدردير ٢٩٩/٣ ،روضة الطالبين ١٨٧/٤، كشاف القناع ٤٤٦/٣-٤٤٧، المحلى ٣٢٣/٨، البحر الزخار لابن المرتضى ٨٨/٦، الروضة البهية للعاملي ١٠٦/٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٥٢/٥ و١٥٥، الشرح الكبير للدردير ٢٩٩/٣، مدونة الفقه المالكي للغرياني ٦٦٤/٣، روضة الطالبين ١٨٧/٤، كشاف القناع ٤٤٦/٣-٤٤٧، البحر الزخار ٨٨/٦، الروضة البهية ١٠٦/٤ إلا أنه لا تثبت الولاية للجدِّ والأخ والعم والأم عند بعض أهل العلم إلا بالإيصاء من جهة الأب، أو إذا نصَّبه عليه القاضي، أو كان هناك عُرف بتولِّيهم لأموال اليتامى. انظر: مدونة الفقه المالكي ٦٦٤/٣، منار السبيل لابن ضويان ٣٦١/١.

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣٠١/٣.

(٤) انظر: كشاف القناع ٤٤٧/٣.

التي هي أنفع له كتثميره وحفظه[1]، وظاهر هذا النص يفيد أن الولي معزول عن التصرف بغير الأحسن في مال اليتيم، والسفيه والمجنون في معنى اليتيم[2].

٢- قولــه تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ ۖ وَإِن تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ ۚ وَٱللَّهُ يَعْلَمُ ٱلْمُفْسِدَ مِنَ ٱلْمُصْلِحِ ۚ وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٠].

جاء في تفسير هذه الآية: أنه لما نزل قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِى بُطُونِهِمْ نَارًا ۖ وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠] «شقّ ذلك على المسلمين، وعزلوا طعامهم عن طعام اليتامى؛ خوفًا على أنفسهم من تناولها، ولو في هذه الحالة التي جرت العادة بالمشاركة فيها، وسألوا النبي ﷺ عن ذلك، فأخبرهم تعالى أن المقصود إصلاح أموال اليتامى بحفظها وصيانتها والاتجار فيها، وأن خلطتهم إياهم في طعام، أو غيره جائز على وجه لا يضر باليتامى؛ لأنَّهم إخوانكم، ومن شأن الأخ مخالطة أخيه، والمرجع في ذلك إلى النية والعمل، فمن علم الله من نيته أنه مصلح لليتيم، وليس له طمع في ماله، فلو دخل عليه شيء من غير قصد لم يكن عليه بأس، ومن علم الله من نيته أن قصده بالمخالطة، التوصل إلى أكلها وتناولها، فذلك الذي حرج وأثم، والوسائل لها أحكام المقاصد»[3].

٣- قوله تعالى: ﴿وَٱبْتَلُوا۟ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُوا۟ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟ ۚ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦].

---

(١) انظر: تفسير البغوي ٣/٢٠٣، تفسير ابن سعدي ١/٢٨٠، والقواعد الفقهية بين الأصالة والتجديد لمحمد إسماعيل بكر ص ١١١.

(٢) انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل ٦/٩٠.

(٣) تفسير ابن سعدي ١/٩٩، وانظر: تفسير القرطبي ٣/٦٣، تفسير ابن كثير ١/٢٥٨، فتح القدير للشوكاني ١/٢٢٢.

ففي هذه الآية ينهى الله تعالى أولياء اليتامى عن بعض الحالات التي يقع فيها تصرفهم في أموال اليتامى على وجه غير مشروع، وهي: أن لا يأكلوا أموال اليتامى إسرافًا وبِدارًا أن يكبروا.

والمعنى: «﴿وَلَا تَأْكُلُوهَآ إِسْرَافًا﴾ أي: مجاوزة للحد الحلال الذي أباحه الله لكم من أموالكم، إلى الحرام الذي حرمه الله عليكم من أموالهم، ﴿وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُوا۟﴾ أي: ولا تأكلوها في حال صغرهم التي لا يمكنهم فيها أخذها منكم، ولا منعكم من أكلها، تبادرون بذلك أن يكبروا، فيأخذوها منكم ويمنعوكم منها، وهذا من الأمور الواقعة من كثير من الأولياء، الذين ليس عندهم خوف من الله، ولا رحمة ومحبة للمُولَّى عليهم، يرون هذه الحال حال فرصة فيغتنمونها ويتعجلون ما حرم الله عليهم، فنهى الله تعالى عن هذه الحالة بخصوصها»[1].

روى الشيخان عن عائشة، رضي الله، عنها تقول: «﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ ۖ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ أُنزلت في والي اليتيم الذي يقيم عليه ويصلح في ماله: إن كان فقيرًا أكل منه بالمعروف»[2].

٤- قوله تعالى: ﴿وَلْيَخْشَ ٱلَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا۟ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَـٰفًا خَافُوا۟ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا۟ ٱللَّهَ وَلْيَقُولُوا۟ قَوْلًا سَدِيدًا﴾ [النساء: ٩] قال ابن كثير: «قيل: المراد بقوله: ﴿وَلْيَخْشَ ٱلَّذِينَ لَوْ تَرَكُوا۟ مِنْ خَلْفِهِمْ ذُرِّيَّةً ضِعَـٰفًا خَافُوا۟ عَلَيْهِمْ فَلْيَتَّقُوا۟ ٱللَّهَ﴾ أي في مباشرة أموال اليتامى، ولا يأكلوها إسرافًا وبدارًا، حكاه ابن جرير، قال ابن كثير: «وهو قول حسن، يتأيد بما بعده من التهديد في أكل مال اليتامى ظلمًا، أي: كما تحب أن تعامل ذريتك من بعدك، فعامل الناس في ذرياتهم إذا وليتَهم ثم أعلمهم أن من أَكَل مال يتيم ظلمًا، فإنما يأكل في بطنه

---

(١) تفسير ابن سعدي ١/ ١٦٤.

(٢) رواه البخاري في مواضع، وهذا لفظه في ٢/ ٧٧٠ (٢٠٩٨)، ومسلم ٤/ ٢٣١٥ (٣٠١٩).

ناراً؛ ولهذا قال: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَٰلَ ٱلْيَتَٰمَىٰ ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [النساء: ١٠] أي: إذا أكلوا أموال اليتامى بلا سبب، فإنما يأكلون ناراً تتأجَّج في بطونهم يوم القيامة، وثبت في الصحيحين عن أبي هريرة، أن رسول الله ﷺ قال: «اجتَنبوا السَّبْع الموبقات» قيل: يا رسول الله، وما هن؟ قال: «الشرك بالله، والسحر، وقتل النفس التي حَرَّم الله إلا بالحق، وأكل الربا، وأكل مال اليتيم، والتولِّي يوم الزَّحْفِ، وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات»»[١].

«فالواجب على من ابتُلي بيتيم أن يقف على الحد الذي أباحه له الشارع في الأكل من ماله ومخالطته؛ لأنَّ الزيادة عليه ظلم يَصلَى به فاعلُه سعيراً ويكون من الموبَـقين»[٢].

فهذه الآيات الكريمة - على اختلاف موارد نزولها - تفرض الاحتياط في حفظ أموال الضعفاء والعاجزين[٣].

ومن نصوص السنة الدالة على مضمون الضابط:

١- حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، رضي الله عنه: أن رجلا أتى رسول الله ﷺ فقال: إني فقير وليس لي شيء، ولي يتيم؟ فقال: «كل من مال يتيمك غير مُسرف ولا مُبادِر ولا متأثِّل»[٤]، وفي رواية قال عليه الصلاة

---

(١) تفسير ابن كثير ٢/٢٢٢، الحديث في الصحيحين واللفظ للبخاري: صحيح البخاري ٣/١٠١٧ وصحيح مسلم ١/٩٢.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٥/٣٧٦.

(٣) انظر: القواعد الفقهية بين الأصالة والتجديد ص ٨٥-٨٦.

(٤) أخرجه أبو داود ٤/١٥١ - ١٥٢ (٢٨٧٢)، والنسائي ٦/٢٥٦ (٣٦٦٨)، وابن ماجه ٢/٩٠٧ (٢٧١٨) وقال ابن حجر: إسناده قوي فتح الباري ٨/٢٤١.
ومعنى «غير متأثل»: أي غير جامع و(التأثل): اتخاذ أصل المال حتى كأنه عنده قديم، ومنه: مجدٌ مؤثَّل. انظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١١/٨٦، فتح الباري ٥/٤٠١-٤٠٢.

والسلام: «كل من مال يتيمك غير مسرف ولا مبذر ولا متأثل مالا، ومن غير أن تَـقِيَ مالَك - أو قال: تَـفْديَ مالَك - بـماله»[١].

ونخلص من هذه النصوص إلى: أن تصرف الولي والقاضي والوصي يجب أن يكون مقرونًا بالمصلحة، وأن المصلحة إما أن تكون دفع مضرة أو جلب منفعة[٢].

٢- قاعدة: «كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة»[٣].

تطبيقات الضابط :

١- للولي أن يقبل الهبة والصدقة والوصية للمولَّى عليه؛ لأنَّه نفع محض له[٤]، وليس للولي أن يتصدق بمال المولَّى عليه ولا يهبه ولا يوصِي به؛ لأنَّها تصرفات تزيل الملك من غير عوض فكانت ضررًا محضًا[٥].

٢- يجوز عند المالكية للأب بيع مال ولده المحجور عليه مطلقًا، عقارًا أو منقولا، ولا يُتعقب بحال ولا يُطلب منه بيان سبب البيع، وإن كان لا بد أن يوجد له سبب في الواقع؛ لأنَّ تصرفه محمول على المصلحة، وليس من حق الابن بعد الرشد الاعتراضُ على ما فعله أبوه إلا إذا باع الأب شيئًا من مال ابنه في مصلحة نفسه أو حابَى

---

(١) مسند أحمد ١١/٥٩٤ (٧٠٢٢).

(٢) انظر: القواعد الفقهية بين الأصالة والتجديد ص ٨٥-٨٦.

(٣) الأشباه والنظائر للسبكي ١/٣١٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٥٣.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٥٣ بل يضمن الولي عند الحنابلة في مثل هذه الصور كما في كشاف القناع ٣/٤٤٧.

به غير مراع مصلحة الابن، فإنه يُردُّ ما لم يفُت البيع، فإن فات وجب ردُّ القيمة(١).

٣- إن حابى الولي في بيع مال القاصر بأن باع بأقل من قيمته بما لا يتغابن الناس فيه عادة، أو حابى في الشراء له بأن اشترى بأكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس فيه عادة، ضمن الولي؛ لأنه مفرِّط، كتصرفه في مال الغير(٢).

٤- يجوز للولي بيع مال القاصر نسيئة؛ للمصلحة، بأن يكون الثمن المؤجل أكثر مما يباع به حالا، لكن يشترط أن يكون المشتري موسِرًا ثقة، وأن يكون الأجل قصيرًا عُرفًا؛ احتياطًا للمحجور عليه، فإن لم يفعل ذلك ضمن وبطل البيع(٣).

٥- يستثمر الولي في مال المولّى عليه، ويتَّجر له في ماله، ويوكِّل بالبيع والشراء والإجارة والاستئجار؛ لأنَّ هذه التصرفات من توابع التجارة، وكل من ملك التجارة ملك ما هو من توابعها، وله أن يسافر بماله إذا اقتضت المصلحة السفر به(٤)، وللولي المضاربة بمال الصبي مجانًا، ولا أجرة للولي، بل يكون ذلك من المعروف الذي يقصد به وجه الله تعالى، والربح كله للمولَّى عليه؛ لأنه نماء ماله، كما يجوز ذلك للوصي أيضًا عند المالكية(٥).

---

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣/٢٩٩، مدونة الفقه المالكي للغرياني ٣/٦٦٨.

(٢) انظر: كشاف القناع ٣/٤٤٧.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٢/١٧٥، الفقه الإسلامي للزحيلي ٦/٤٤٨٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٥٣، مغني المحتاج ٢/١٧٤ –١٧٦، كشاف القناع ٣/٤٤٩، مدونة الفقه المالكي للغرياني ٣/٦٦٧-٦٦٨.

(٥) انظر: كشاف القناع ٣/٤٤٩، مدونة الفقه المالكي ٣/٦٦٨.

٦- للولي أن يبني دارًا للقاصر على أصلح وجه، مع مراعاة عُرف أهل بلده ووضعه المالي، كما أن للولي أن يشتري عقارًا للقاصر إذا حصل من ريعه الكفاية؛ لأنه يبقى وينتفع بغلته، هذا إذا لم يخف جورًا من سلطان أو غيره، أو خرابًا للعقار[١].

٧- لا يشتري الولي للقاصر ما يُسرع فساده وإن كان مُربحًا[٢].

٨- يجب على الولي إخراج زكاة مال القاصر، وكذلك زكاة فطره؛ لأنَّ الولي قائم مقام القاصر[٣].

٩- ينفق الولي على القاصر من ماله بالمعروف في طعام وكسوة وعلاج مما لا بد منه، بما يليق به في إعساره ويساره، فإن قَتَّر أثم، وإن أسرَف أثِم وضمن[٤]، وكذا ينفق الولي على الصغير في عيده بحسب قلة ماله وكثرته[٥]، ويشتري لليتيم في عيد الأضحى أضحيته من ماله إن كان اليتيم قد بلغ سِنَّ الشعور والتمييز؛ لأنه يوم سرور وفرح، فيحصل بذلك جَبْر قلبه وإلحاقه بمن له أبٌ[٦]، وله أن يدفع للطفل النفقة التي يحتاجها ويُعلم منه أنه لا يُتلفها، أما إن كان الطفل يُتلف نفقته، فإن الولي يدفعها إليه يومًا بيوم دفعًا للمفسدة[٧].

١٠- للولي تعليم من تحت ولايته، وأداء الأجرة عنه من مال المولّى عليه؛

---

(١) انظر: مغني المحتــاج ٢/١٧٤-١٧٥، كشاف القناع ٣/٤٥٠، الفقه الإسلامي للزحيلي ٦/٤٤٨٢ و٤٤٨٥.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٢/١٧٥.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٢/١٧٦، كشاف القناع ٣/٤٤٨، مدونة الفقه المالكي ٣/٦٧١.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٢/١٧٦، كشاف القناع ٣/٤٤٧ و٤٥٠.

(٥) انظر: كشاف القناع ٣/٤٥٠، مدونة الفقه المالكي ٣/٦٧١.

(٦) انظر: كشاف القناع ٣/٤٥٠.

(٧) انظر: كشاف القناع ٣/٤٤٧، مدونة الفقه المالكي ٣/٦٧١.

لأنه لمصلحته[1]، وكذلك لا بأس لولي اليتيم بتأديبه بالرفق والمعروف إذا دعت إليه حاجة؛ لأنَّ مصلحته تعود عليه[2].

استثناءات من الضابط:

١- لا يَقترض وصيٌّ أو حاكم من مال المولَّى عليه، شيئًا لنفسه؛ لمظنة التهمة، أما الأب فيجوز ذلك له؛ لعدم التهمة[3].

٢- يحق للأب تسليم ابنه الصغير ليكون أجيرًا للعمل في صناعة، وكان ينبغي أن لا يملك الأب ذلك؛ لأن إجارة نَفْس الصغير تصرف على نفسه بالإضرار، إلا أن الأب ملكها من حيث إنها نوع رياضة وتهذيب للصغير وتأديب له، والأب يلي تأديب الصغير فوليها على أنها تأديب له؛ ولهذا إذا بلغ الصبي فقد انقطعت ولاية التأديب، فللصبي حينئذ الخيار، إن شاء استمر على هذه الإجارة، وإن شاء أبطلها[4].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) انظر: كشاف القناع ٣/٤٥٠.

(٢) انظر: مدونة الفقه المالكي ٣/٦٦٦.

(٣) انظر: كشاف القناع ٣/٤٥٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٥٤.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٤٧١

نص الضابط: الحَجْرُ لا يُؤَثِّرُ فِي الأَفْعَالِ المُوجِبَةِ لِلضَّمَانِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- المحجور عليه مؤاخَذ بأفعاله[٢].

٢- المحجور يؤاخذ بأفعاله لا بأقواله[٣].

٣- يؤاخذ المحجورون بأفعالهم[٤].

٤- فعل المحجور عليه معتبر[٥].

صيغ ذات علاقة :

١- لا فرق في ضمان الجنايات بين جائز التصرف وغيره[٦]. (أعم).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٦/٣٦.

(٢) العناية للبابرتي ١٠/٣٦٧.

(٣) واقعات المفتين لنقيب زاده ١/١٣٩.

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٧/١١٤.

(٥) المبدع لابن مفلح ١٠/٣٤٧.

(٦) مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٦٩٩.

٢- المحجور عليه يضمن ما أتلفه[١]. (أخص).

٣- الصبي مؤاخذ بأفعاله[٢]. (أخص).

٤- المجنون يؤاخذ بضمان الأفعال في الأموال على الكمال[٣]. (أخص).

٥- السَّفَه لا يُبطل حقوق الناس ولا حقوق الله تعالى[٤]. (أخص).

شرح الضابط :

(الحجر) لغة: المنع[٥]، والممنوع من التصرف محجور عليه، والفقهاء يحذفون الصلة تخفيفًا لكثرة الاستعمال، ويقولون: محجور، وهو سائغ[٦]، والمراد بـ(الحجر) في اصطلاح الفقهاء: المنع من التصرفات المالية، سواء أكان المنع قد شُرع لمصلحة الغير، كالحجر على المفلس للغرماء، وعلى الراهن في المرهون لمصلحة المرتهن، وعلى المريض مرض الموت لحق الورثة في ثلثي ماله وغيرها، أم شرع لمصلحة المحجور عليه، كالحجر على المجنون، والصغير، والسفيه[٧].

ومفاد الضابط : أن الممنوع من التصرف في أمواله - سواء كان صغيرًا أو

---

(١) انظر: حواشي الشرواني ٣/٣٣٠.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٢٨٤، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «الصبي فيما يؤاخذ به من الأفعال كالبالغ».

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٩٧.

(٤) اللباب للميداني: ٢/٢٥، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٥) المغرب للمطرزي ص ١٠٣.

(٦) المصباح المنير للفيومي ص ١٢١.

(٧) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٧/١٦٩، منح الجليل لعليش ٦/٨٢، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/١٤٠، الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٣/١٢٦، المغني ٤/٢٩٥، البحر الزخار لابن المرتضى ٦/٨٨، شرائع الإسلام للحلي ٢/٨٤.

سفيهًا أو مجنونًا، أو مدينًا مفلسًا، أو غير ذلك- مطالب باعتبار الأصل بكل الحقوق والتبعات التي تترتب على أفعاله وتصرفاته تجاه الآخرين، كما أنه مطالب بضمان ما أتلفه على غيره، ومطالب بأروش الجنايات التي ارتكبها في حق غيره[(١)].

ولكن إذا دَفع شخص إلى محجور عليه لحظِّ نفسه - كالصغير أو المجنون أو السفيه - مالا على سبيل الوديعة أو العارية أو القرض أو نحو ذلك، فأتلفه المحجور، فإنه لا يضمن، ويكون الضمان حينئذ على الدافع؛ لأنَّه هو الذي فرَّط بتسليم ماله إلى المحجور[(٢)].

أدلة الضابط:

١- قاعدة: «لا فرق في ضمان الجنايات بين جائز التصرف وغيره»[(٣)].

٢- قاعدة: «حقوق الآدميين لا تسقط بالأعذار»[(٤)]، فلا تسقط الحقوق بالأعذار الموجبة للحجر.

٣- لأن الحقوق المترتبة في ذمة المحجور تجاه غيره من باب خطاب الوضع لا من خطاب التكليف، فيُطالَب بها[(٥)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/٢٩٤، منح الجليل ٦/٨٢، حاشية الدسوقي ٣/٤٤٣، حواشي الشرواني ٣/٣٣٠.

(٢) وهذا رأي أبي حنيفة ومحمد أما أبو يوسف فيرى الضمان انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٧/٢٧٣، الفتاوى الهندية ٤/٣٤٥.

(٣) مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ٤/٦٩٩.

(٤) الحاوي الكبير للماوردي ١٢/٢١٧.

(٥) انظر: التمهيد للإسنوي ص ١١٦، الشرح الكبير للدردير ٤/٢٨٦، المنثور للزركشي ٣/١٠٠.

تطبيقات الضابط :

١- إذا أتلف الصبي - سواء عقل أم لا - شيئًا متقومًا من مال أو نفس ضمنه[١]؛ لأنَّ المحجور عليه مؤاخذ بفعله.

٢- إذا قتل الصبي شخصًا تجب الدية على عاقلته[٢]؛ لأنَّ الصبي ولو كان محجورًا عليه، فإن الحجر لا يؤثر في الأفعال الموجبة للضمان.

٣- إذا أتلف المجنون شيئًا مُتقوَّمًا من مال أو نفس ضمنه[٣]؛ لأنَّ المحجور عليه مؤاخذ بفعله.

٤- إذا أتلف السفيه مالا أحد يلزم إيفاؤه من ماله[٤]؛ لأنَّ المحجور عليه مؤاخذ بفعله.

٥- الطبيب الجاهل يُحجر عليه، فإذا تصرف بما يضر بالمرضى فإنه يضمن ما جنت يداه[٥]؛ لأنَّ المحجور عليه مؤاخذ بفعله.

٦- لو غصب المحجور عليه مالا فاهلكه ضمن[٦]؛ لأنَّ المحجور عليه مؤاخذ بفعله.

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٩٠ - ٩٢.
(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٩٠ - ٩٢.
(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٩٠-٩١، الشرح الصغير ٣/٣٨١، ٣٨٨، مغني المحتاج ٢/١٦٥-١٦٦.
(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٧/٢٢٣.
(٥) انظر: حاشية ابن عابدين ٥/٩٣.
(٦) مجمع الضمانات لابن غانم ص ١٢٣.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٤٧٢

نص الضابط: لا ضَمَانَ عَلَى مَحْجُورٍ عَلَيْهِ لِحَظِّ نَفْسِهِ فِيمَا أَتْلَفَهُ مِمَّا دُفِعَ إِلَيْهِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

- لا يضمن المحجور عليه ما دفع إليه إن تلف[٢].

صيغ ذات علاقة:

١- المحجور عليه مؤاخَذ بأفعاله[٣]. (أصل استثني منه الضابط).

٢- فعل الإنسان في مال نفسه لا يكون موجبًا للضمان على غيره[٤]. (تعليل).

---

(١) انظر: مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري، المادة ١٤٦٨، كشاف القناع للبهوتي ٤/١١٧.

(٢) انظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٣٠٥.

(٣) العناية شرح الهداية للمرغيناني١٠/٣٦٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٦/١٦٦، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٦٧٥، وانظره بلفظ: «الحجر لا يؤثر في الأفعال الموجبة للضمان» في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) المبسوط للسرخسي ١١/١١٨، وانظر قاعدة: «جناية الإنسان على نفسه وماله هدر» في قسم القواعد الفقهية.

شرح الضابط:

ذكرنا في الضابط السابق أن الحجر ينقسم باعتبار المصلحة إلى نوعين: الأول: حجر لمصلحة الغير، كالحجر على المفلس لمصلحة الغرماء، وعلى الراهن في المرهون لمصلحة المرتهن، وعلى المريض مرض الموت لحق الورثة في ثلثي ماله، وغيرها، والثاني: حجر لمصلحة المحجور عليه، كالحجر على المجنون، والصغير، والسفيه[1].

والضابط الذي بين أيدينا يتعلق بالنوع الثاني، وهو الحجر لمصلحة المحجور عليه، ومفاده: أن كل من دَفع مالا إلى الصبي والمجنون والسفيه، ومن في حكمهم ممن حجر عليهم صيانة؛ لمصالحهم وحفظًا لأموالهم - فإن ماله يكون هدرًا، ولا ضمان على المحجور عليه فيما دُفع إليه بتلفه أو تعيُّبه، سواء كان الدفع إليه على سبيل الاستئمان أو الاستعمال أو الاستبدال.

وهذا الضابط معمول بمقتضاه بإجماع الفقهاء فيما إذا هلك المال أو تعيَّب في يد المحجور عليه بغير فعله؛ لانتفاء سبب الضمان من قِبَله، ولأنَّه ليس أهلا للاستحفاظ، فصار صاحب المال بمنزلة من أتلف مال نفسه، وأما إذا كان التلف بفعل المحجور عليه، فلا ضمان عليه أيضًا لدى جمهور الفقهاء[2]، وهذا جارٍ على إطلاق الضابط، وللحنفية والشافعية في ذلك تفصيل:

أولاً: بعد أن اتفق الحنفية على عدم ضمان المحجور عليه لحظ نفسه لِمَا هلك تحت يده لا بفعله مما دفع إليه من قبل الغير، خالفوا الجمهور فيما إذا

---

(١) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ١٦٥/٢، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢٠٥/٢، المغني لابن قدامة ٥٠٥/٤، كشاف القناع ٤١٦/٣، الفروع لابن مفلح ٣١١/٤.

(٢) انظر: العناية للبابرتي ٣٧٢/١٠، الجوهرة النيرة للعبادي ٣٤٧/١، التاج والإكليل للمواق ٢٩٥/٧، شرح ميارة ١٨٩/٢، شرح الخرشي ١١٩/٦، حاشيتي قليوبي وعميرة ١٨٢/٣، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٥٨/٢، مطالب أولي النهى للرحيباني ٢٣/٦، الإنصاف للمرداوي ٣٣٥/٦، ٣٣٦، الفروع ٣١١/٤، البحر الزخار لابن المرتضى ١٦٨/٥.

كان الإتلاف أو التعييب من قبل المحجور عليه، فيرون أنه يضمن باتفاق فقهاء المذهب إذا كان مأذونًا له في التجارة من قبل وليِّه، أو قبض المال بإذن وليِّه، أمَّا إذا قبضه بلا إذن من وليه ولم يكن مأذونًا له في التجارة، فلا ضمان عليه عند جمهور الحنفية، وقال أبو يوسف: يضمن[١].

ثانيًا: الأصح في مذهب الشافعية أن المحجور عليه إذا أتلف المال المدفوع إليه بفعل نفسه يضمن؛ لأنَّه إذا وجد الفعل وهو الإتلاف وجد الحكم وهو الضمان، وقيل: لا يضمن؛ لأنَّ دافع المال يعلم أن المحجور عليه ليس أهلا للحفظ، فقد سلطه على إتلافه[٢].

أدلة الضابط:

١- معلوم بالعادة أن المحجور عليه لحظ نفسه مضيِّع لما يأتي تحت يده من مال مفسِد له؛ ولذلك تقرر الحجر عليه، فصار الذي يدفع إليه مالا راضيًا بتلفه، فكان فعل المحجور عليه في ماله كفعل صاحب المال بمال بنفسه[٣]، والمقرر شرعًا أن فعل الإنسان في مال نفسه لا يكون موجبًا للضمان على غيره»[٤].

٢- لأن المحجور عليه لحظ نفسه، لو ضمن المال المدفوع إليه من قبل الغير، لبطلت فائدة الحجر[٥].

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٧/٢٧٣، الفتاوى الهندية ٤/٣٤٥.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٤/١٢٨، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٧/١٠٤، حاشيتي قليوبي وعميرة ٣/١٨٢.

(٣) انظر: العناية للبابرتي ١٠/٣٧٢، شرح مياره ٢/١٨٩، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١١٦.

(٤) المبسوط للسرخسي ١١/١١٨.

(٥) شرح الخرشي ٦/١١٩.

تطبيقات الضابط :

١- إذا أخذ الصبي المحجور مالا قرضًا واستهلكه فلا يلزمه الضمان[١]؛ لأنَّ المحجور عليه لحظ نفسه لا يضمن ما دفع إليه إن تلف.

٢- إذا أودع شخص ماله عند صبي، فهلك المال في يد الصبي، فلا ضمان على الصبي[٢]؛ لأن الصبي محجور عليه لحظ نفسه، والمحجور عليه لحظ نفسه لا يضمن المال المدفوع إليه من الغير.

٣- من أودع عند سفيه محجور عليه أو أقرضه أو باعه فأتلف السفيه الوديعة أو القرض أو المبيع فلا ضمان على السفيه[٣]؛ لأنَّه لا ضمان على محجور عليه لحظ نفسه فيما أتلفه مما دفع إليه.

٤- إذا أودع شخص ماله عند المجنون واستهلكه لا يكون ضامنًا[٤]؛ لأنَّ المجنون يحجر عليه لحظ نفسه، ولا ضمان على محجور عليه لحظ نفسه فيما أتلفه مما دفع إليه.

٥- إذا أُعير للمحجور عليه لصغر أو جنون أو سفه مالا بلا إذن وليه، فتلف في يده، فلا ضمان عليه[٥]؛ لأنَّه لا ضمان على محجور عليه لحظ نفسه فيما أتلفه مما دفع إليه.

٦- لو باع أحد ماله لصبي وسلمه إياه واستهلكه الصبي لا يلزم الصبي ضمان المال[٦]؛ لأنَّه لا ضمان على محجور عليه لحظ نفسه فيما أتلفه مما دفع إليه.

---

(١) انظر: العناية ٣٧٢/١٠، التاج والإكليل للمواق ٢٩٥/٧، الفواكه الدواني٢ /١١٦، الفروع ٣١١/٤.
(٢) انظر: مجمع الأنهر ٦٧٥/٢، الفواكه الدواني ١١٦/٢.
(٣) انظر: التاج والإكليل ٢٩٥/٧.
(٤) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢٣٧/٥.
(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢٦٥/٢، حاشية الدسوقي ٢٩٦/٣، شرح منتهى الإرادات ٣٥٨/٢.
(٦) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢٦٥/٢، التاج والإكليل ٢٩٥/٧، المجموع للنووي ١٨٢/٩.

٧- لو آجر أحد ماله لصبي غير مأذون أو لمجنون، وسلمهما إياه واستهلكاه أو أتلفاه فلا يلزمهما ضمان[١]؛ لأنَّ الصبي والمجنون يُحجَر عليهما لحظ نفسهما، ولا ضمان على محجور عليه لحظ نفسه فيما أتلفه مما دفع إليه.

٨- لو رهن أحد ماله عند صبي أو مجنون وسلمه إياه، واستهلكه الصبي أو المجنون؛ فلا يلزمهما ضمان الرهن[٢]؛ لأنَّه لا ضمان على محجور عليه لحظ نفسه فيما أتلفه مما دفع إليه.

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: التاج والإكليل ٧/٢٩٥، الفروع ٤/٣١١.
(٢) انظر: الفتاوى الهندية ٤/٣٤٥، الفواكه الدواني ٢/١١٦، مطالب أولي النهى ٦/٢٣.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٤٧٣

نص الضابط: السَّفَهُ لا يُبْطِلُ حُقُوقَ النَّاسِ وَلا حُقُوقَ اللهِ تَعَالَى[(١)].

صيغ أخرى للضابط :

١- السفه لا ينافي شيئًا من الأحكام الشرعية[(٢)].

٢- السفه لا يمنع أحكام الشرع[(٣)].

صيغ ذات علاقة :

١- السفه لا يزيل الخطاب[(٤)]. (أعم).

٢- السفيه مؤاخذ على أفعاله[(٥)]. (أخص).

٣- السفيه البالغ تلزمه جميع حقوق الله[(٦)]. (أخص).

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٩٧.

(٢) انظر: التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٢/٢٠١.

(٣) كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٤/٣٧٠.

(٤) المبسوط للسرخسي ٢٤/١٦٦.

(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٧١٥.

(٦) مواهب الجليل للحطاب ٥/٦١.

٤- السفه لا يبطـل حقـوق الناس[١]. (أخص).

٥- السفه لا يؤثِّر في العبادات[٢]. (أخص).

٦- حقوق الناس التي على المحجور عليه تؤدى من ماله[٣]. (عموم وخصوص).

٧- الأصل في الإتلافات الضمان[٤]. (عموم وخصوص).

شرح الضابط :

(السفه) في اللغة: نقص في العقل، وأصله: الخِفَّة[٥]، والمراد به في الاصطلاح الفقهي: خفة تبعث الإنسان على العمل في ماله بخلاف مقتضى العقل، وقيل: بخلاف موجب الشرع أيضًا[٦].

و(الحق) لغة: خلاف الباطل، وهو مصدر مشتق من حقَّ الشيءُ: أي ثبت ووجب[٧]، والمراد به في عرف الفقهاء: هو ما ثبت في الشرع لله تعالى على الإنسان، أو للإنسان على الله[٨].

والسفه كما هو مقرر شرعًا أحد الأسباب الموجبة للحجر على الشخص عند عامة أهل العلم، وإقامة وليٍّ مقامه في إدارة أمواله؛ لفساد رأي السفيه،

(١) درر الحكام لعلي حيدر ٧١٥/٢ مادة رقم ٩٩٥.

(٢) البحر المحيط للزركشي ١٧٥/٢.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٧١٥/٢.

(٤) انظر: حاشية البجيرمي ٢٣٢/٤.

(٥) المصباح المنير للفيومي ص ٢٨٠.

(٦) التقرير والتحبير ٢٠١/٢.

(٧) المصباح المنير ص ١٤٤.

(٨) حقوق الإنسان في الإسلام (النظرية العامة) لجمال الدين عطية ص ١٨ بحث منشور في حولية كلية الشريعة بجامعة قطر، ع ٥، ٦، س ١٩٨٧، ١٩٨٨م.

ونقصان عقله، وضعف إرادته، وجهله بموضع الحق في المال، وقلة اهتمامه بحرزه، والعجز عن تنميته؛ فاحتاط الشرع له في ماله بذلك؛ لكون المال سببًا لمصالح المعاش والمعاد[(١)].

والأصل في إثبات الولاية على السفيه قول الله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا۟ ٱلسُّفَهَآءَ أَمْوَٰلَكُمُ ٱلَّتِى جَعَلَ ٱللَّهُ لَكُمْ قِيَٰمًا﴾[النساء: ٥]، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ﴾ [النساء: ٥، ٦]، فالآيتان تنصان على إثبات الولاية على السفيه، وتنهيان عن إطلاق يد السفيه في أموال حال السفه[(٢)].

وقد أتى هذا الضابط الذي بين أيدينا لبيان أن سفه الشخص والحجر عليه لا أثر له في إسقاط الحقوق الثابتة عليه شرعًا بانعقاد أسبابها في حقه، سواء كانت هذه الحقوق خالصة لله تعالى، كالعبادات المتمحضة للتعبد من صلاة وزكاة وصوم وحج ونذر، أم فيها معنى التعبد كالكفارات، وكالعقوبات المحضة، كحدِّ الزنا والسرقة وشرب الخمر والحرابة، أم كانت من الحقوق الخالصة للآدميين، كبدل المتلفات والتعييبات، وردِّ الأمانات والغصوبات، ودفع النفقات، أم كانت من الحقوق المشتركة بين حق الله وحق الآدمي، كحد القذف، وحق القصاص في الجناية على النفس والأطراف[(٣)].

---

(١) خلافًا لما عند أبي حنيفة وأهل الظاهر من أن السفه ليس سببًا من أسباب الحجر على الشخص. انظر: المبسوط ١٥٨/٢٤، بدائع الصنائع ١٦٩/٧، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٤٣٩/٢، شرح الخرشي ٢٩٠/٥، الغرر البهية لزكريا الأنصاري ١٢٥/٣، ١٢٦، المغني لابن قدامة ٢٩٥/٤، ٢٩٦، المحلى لابن حزم ١٤٠/٧، البحر الزخار لابن المرتضى ٩٢/٦، الروضة البهية للعاملي ١٠٧/٤، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٦٧٤/١٣.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ٤١٨/٣، التحرير والتنوير لابن عاشور ٢٨٣/١.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٦٧/٩، مجمع الأنهر ٤٤٠/٢، مواهب الجليل للحطاب ٢٤٢/٤، المجموع للنووي٣١٧/٥، حاشية الجمل ٣٤٤/٣، كشاف القناع للبهوتي ٤٥٤/٣، المحلى ٥/٤، شرائع الإسلام للحلي ٨٦/٢، الروضة البهية للعاملي ١٠٧/٤.

فهذا الضابط يقرر أن السفه لا ينافي أهلية المخاطبة بالحقوق وجوبًا وأداء، سواء كانت لله تعالى أم للخلق؛ فهو مخاطب بما نص عليه الشارع من أمر أو نهي، مطالب بالعمل بموجبهما، مثاب على فعل المأمور به، معاقب على المخالفة، فالحاصل: أن السفه لا ينافي الأحكام الشرعية، ولا يؤثر في إبطال الحقوق الثابتة[١].

ويجدر التنبيه ـ تتمة للفائدة ـ إلى عدة أمور تتعلق بهذا الضابط، وهي:

١- أجزية الأفعال التي تترتب في ذمة السفيه، إذا كانت من الواجبات المخيرة التي يتصل أحدها بالمال ويتصل الباقي بغير المال، كالكفارة في اليمين والظهار والفطر في رمضان، وكأجزية ارتكاب محظورات الإحرام وترك واجبات النسك، فلا يلزمه في ذلك ما اتصل بالمال، ولكن يلزمه من خصال الكفارات أو الأجزية ما لا يتصل بالمال كالصوم، وقيل: إن لزمه ما يتصل بالمال، يتأخر عنه الأداء إلى أن يصير مصلحًا؛ لأنَّنا لو فتحنا هذا الباب على السفيه لم يبقَ له مال في هذا الطريق[٢].

٢- الواجبات المالية الثابتة على السفيه بانعقاد أسبابها نوعان: نوع يفتقر في صحة أدائه للنية؛ لكونه عبادة، كالزكاة، ونوع لا يفتقر إلى ذلك، كالنفقة، ففي الأول: تُدفع الزكاة من القائم على إدارة أموال السفيه إليه؛ ليصرفها إلى مصرفها الشرعي، لكن في صحبة أمين يبعثه الوليُّ مع السفيه؛ كي لا يصرفها في غير وجهها، وفي الثاني: تدفع إلى المستحق مباشرة من الوليِّ، أو عن طريق الأمين[٣].

---

(١) انظر: التقرير والتحبير ٢/٢٠١.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/١٩٨.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٩/٢٦٧.

٣- إذا تم الحجر على السفيه، واشتهر بين الناس قرار الحجر عليه، ثم تعامل شخص ما مع السفيه دون إذن وليه معاملة تقرر لذلك الشخص حقًّا في ذمة السفيه؛ فلا يلزم السفيه هذا الحق ولا يجبر الوليُّ على قبوله، كمن أودع مالا عند سفيه مشهور سفهه أو أعاره له، فأتلفه، فلا ضمان عليه؛ لأنَّ المودع والمعير هنا مفرِّط في حق نفسه، فهو بمنزلة من أتلف مال نفسه[1].

٤- الحجر على السفيه كتدبير احترازي لمصلحة السفيه، إنما يؤثر في حق يتصل بماله، فما كان ضارًّا بالسفيه ضررًا محضًا، كهبته ووصيته وإعارته، فلا تصح منه ولو بإذن وليِّه، وما كان دائرًا بين النفع والضرر، كالبيع والإجارة، فلا تصح من السفيه إلا بإذن وليِّه، وأمَّا ما لا يتصل بالمال من تصرفات السفيه الحقوقية، كالطلاق والرجعة واللعان، فإنها تصدر منه صحيحة منتجة آثارها الشرعية من حقوق وواجبات[2].

أدلة الضابط :

١- أنَّ السفه لا ينافي أهلية الخطاب ولا أهلية الوجوب؛ لأنَّه لا يخل بمناطهما، وهو العقل، وسائر القوى والمدركات العقلية الظاهرة والباطنة حاضرة لدى السفيه، غاية ما هنالك: أنه يكابر عقله بالعمل على خلاف مقتضى إشراقات العقل وهدايات الشرع، فلا يرقى ذلك لجعله عذرًا تزول به المخاطبة وتبطل به الحقوق[3].

---

(١) انظر: المغني ٤/٣٠٤، البحر الزخار ٦/٩٣.

(٢) انظر: العناية للبابرتي ٩/٢٥٩.

(٣) انظر: التقرير والتحبير ٢/٢٠١.

٢- قاعدة: «حقوق الآدميين لا تسقط بالأعذار»[١]، ودليلها، فلا تسقط حقوق الآدميين بعذر السفه، وهذا دليل الشق الثاني من الضابط.

٣- أنَّ الحقوق المترتبة في ذمة السفيه باستجماع شروط تقررها من باب خطاب الوضع، والمقرر شرعًا أن خطاب الوضع لا يشترط فيه علم ولا قدرة ولا إرادة[٢]، فالمكلف وغير المكلف في المخاطبة به سواء، فتجب الحقوق متى انعقدت أسبابها واستُجمعت شروطها.

تطبيقات الضابط :

١- السفيه كالرشيد، مخاطب بالعبادات من صلاة وزكاة وصيام وحج، ويجب عليه الإتيان بها متى انعقدت أسبابها وتوفرت شروطها؛ لأنَّ السفه لا يمنع الأحكام الشرعية[٣].

٢- سُئل الإمام مالك: عن السفيه بعد أن يبلغ، يفطر في سفهه في رمضان أيامًا؟ فقال: عليه لكل يوم أفطره كفَّارة. وقيل: كفارة مع القضاء[٤]؛ وهذا جارٍ على معنى الضابط، وهو أن السفه لا ينفي الأحكام الشرعية.

٣- إذا كان على السفيه دين مال اشتراه قبل الحجر، فتلزم تأديته من ماله؛ لأنَّ السفه لا يبطل حقوق الله ولا حقوق الناس[٥].

٤- إذا انعقد سبب يوجب النفقة في حق السفيه، كالنفقة على الوالدين أو

(١) الحاوي الكبير للماوردي ١٢/٢١٧.
(٢) انظر: تهذيب الفروق لمحمد المالكي ٣/٢٢٦.
(٣) انظر: مواهب الجليل ٤/٢٤٢، المحلى ٧/١٨٧.
(٤) انظر: المدونة ١/٢٨٦.
(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٧١٥ مادة رقم ٩٩٥.

الزوجة أو الرحم، لزمه أداؤها[١]؛ لأنَّ السفه لا يمنع حقوق الله ولا حقوق الناس.

٥- إذا أتلف السفيه مالا للغير أو أفسده، لزمه ضمانه؛ لأنَّ السفه لا يبطل حقوق الله ولا حقوق الناس[٢].

٦- إذا غصب السفيه مال غيره، يلزمه رد ما أخذه، وتسمع الدعوى عليه فيه[٣]؛ لأنَّ السفه لا يبطل حقًّا لله، ولا حقًّا للعبد.

٧- تقام على السفيه الحدود الشرعية إذا ثبت ارتكابه لها، كالزنا وشرب الخمر والقذف والسرقة والحرابة والردة ونحوها[٤]؛ لأنَّ السفه لا يسقط حق الله تعالى ولا حق الآدميين.

٨- إذا ثبت ما يوجب القصاص في نفس أو طرف على السفيه بإقرار أو بينة شرعية، لزمته الأحكام المترتبة على ذلك[٥]؛ لأنَّ السفه لا يمنع الأحكام الشرعية.

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

(١) انظر: العناية ٩/٢٦٧، الجوهرة النيرة للعبادي ١/٢٤٤، كشاف القناع ٣/٤٥٤.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٧١٥ مادة رقم ٩٩٥، حاشية الصاوي ٣/٣٨٥، ٣٨٧، حاشية الجمل ٣/٣٤٤، الروضة البهية ٤/١٠٧.

(٣) انظر: المبسوط ١٨/١٤٥، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤/٩٧، الروضة البهية ٤/١٠٧.

(٤) انظر: المبسوط ١٨/١٤٥، التلويح للتفتازاني ٢/٣٨٣، كشاف القناع ٣/٤٥٣.

(٥) انظر: كشاف القناع ٣/٤٥٤، البحر الزخار ٦/٩٣، شرائع الإسلام ٢/٨٦.



رقم القاعدة/ الضابط: ١٤٧٤

نص الضابط: الأَصْلُ بَقَاءُ السَّفَهِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الأصل السفه والرشد طارئ[٢].

٢- الأصل في الناس السفه[٣].

٣- الناس محمولون على السفه حتى يظهر منهم الرشد[٤].

قواعد ذات علاقة :

١- الأصل بقاء الأشياء على ما كانت عليه حتى يدل دليل على خلافه[٥]. (أعم).

٢- لا أثر للأصول السابقة مع الأصول الطارئة[٦]. (أعم).

٣- إذا تعارض أصل وظاهر أيهما يقدم؟ (اشتراك في المعنى).

---

(١) الفتاوى الكبرى ٣/ ٥٠.

(٢) فتاوى الرملي ٤/ ٦٩.

(٣) حاشية الدسوقي ٤/ ٢٢١.

(٤) تبصرة الحكام ١/ ٤٠٥.

(٥) شرح البهجة للتسولي، سبل السلام ١/ ٩٥.

(٦) أشباه ابن الملقن ١/ ٢٢١.

٤- الأصل الجرح حتى تثبت العدالة[١]. (اشتراك في المعنى).

٥- إن جهل الحال فبينة السفه أولى[٢]. (متفرعة).

شرح الضابط :

(السفه): خفة تعتري الإنسان فتحمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل، وقد غلب في عُرف الفقهاء على تبذير المال وإتلافه ووضعه في غير مواضيعه على خلاف مقتضى الشرع والعقل[٣]، والرشد ضده، وهو انتظام الفكر وصدور الأفعال على نحوه بانتظام[٤]، وهو في الغلام، عند الجمهور: أبي حنيفة ومالك وأحمد: إصلاح ماله، وتأتِّيه لتمييزه وعدم تبذيره، ولم يراعوا عدالة ولا فسقًا، وعند الشافعي: إصلاح المال والدين[٥].

ومعنى الضابط : أن الأصل السفه فيمن لم يثبت في حقه الرشد، لكنه إذا ثبت رشد الإنسان أصبح الأصل فيه الرشد وانتفى الأصل السابق كما تصرح بذلك صيغتها الأخرى: «الناس محمولون على السفه حتى يظهر منهم الرشد»[٦]، فهي بهذا الاعتبار داخلة في عموم قاعدة: «لا أثر للأصول السابقة مع الأصول الطارئة»[٧] مبينة لوجه من تعاقب الأصول السابقة والطارئة.

وبناء على ذلك؛ فإن الرشد يعتبر أصلا طارئًا لا يستصحب إلا بعد ثبوته؛

---

(١) عند المالكية والشافعية، وكذا مخالفتها: الأصل العدالة حتى يثبت الجرح عند أبي حنيفة، نفس المرجع السابق ٢/٩٤.

(٢) حاشية الرملي ٤/٤٢٥.

(٣) انظر: مختصر أقوال العلماء ٥/٢١٨، البحر الرائق ٨/٩١، البحر الزخار لابن المرتضى ٦/٩٢.

(٤) التحرير والتنوير ٤/٣٣.

(٥) انظر: جواهر العقود ١/١٣٣.

(٦) تبصرة الحكام ١/٤٠٥.

(٧) أشباه ابن الملقن ١/٢٢١.

لأن الأصل السابق هو بقاء السفه؛ وفقًا لمنطوق صيغة أخرى للقاعدة هي: «الأصل السفه والرشد طارئ»[١].

والشخص المنظور في ثبوت رشده: إما أن يكون من المحجور عليه - وهو موضوع ضابطنا - أو غيره ممن جهل حاله واقتضت الحاجة معاملته.

والمحجور عليه فإنه يستصحب له السفه إذا لم يرشد بعد بلوغه ويستمر الحجر عليه حتى ولو صار شيخًا، عند جمهور الفقهاء، خلافًا لأبي حنيفة القائل بإنه إذا بلغ خمسًا وعشرين سنة تسلم إليه أمواله، ولو كان مبذرًا لا يحسن التصرف، وليس قوله هذا خروجًا عن قاعدتنا؛ لأن أبا حنيفة لا يرى الحجر على السفيه، فنفي الحجر عنه لا يستلزم ثبوت الرشد، أما إذا بلغ الإنسان رشيدًا فإن أهليته تكتمل، وترتفع الولاية عنه، وتسلم إليه أمواله باتفاق الفقهاء[٢].

وقسم المالكية أحوال المحجور عليهم من حيث استصحاب السفه وعدم استصحابه إلى أربع حالات[٣]:

١- حالة يحكم فيها بالسفه وإن ظهر الرشد؛ لأن الغالب السفه فيها: ومنها الصغير الذي لم يبلغ.

٢- حالة يحكم فيها بالرشد وإن عُلم السفه: ومنها السفيه إذا لم تثبت عليه ولاية من قبل أبيه ولا من قبل السلطان على مشهور مذهب مالك، خلافًا لابن القاسم الذي يعتبر نفس الرشد لا نفس الولاية.

٣- حالة يحكم فيها بالسفه ما لم يظهر الرشد: ومنها الابن بعد بلوغه في حياة أبيه على المشهور في المذهب.

---

(١) فتاوى الرملي ٤/٦٩.

(٢) انظر: الموسوعة الكويتية ٢٢/٢١٥.

(٣) انظر لهذا التقسيم: بداية المجتهد ٢/٢١٣، الذخيرة ٨/٢٣٠ (نقلا عن صاحب المقدمات).

٤- حالة يحكم فيها بالرشد حتى يتبين السفه: ومنها حال البكر المعنس عند من يعتبر التعنيس، والظاهر من هذا القسم أنه مخالف لقاعدتنا، غير أن سبب استصحاب الرشد فيه - كما بيَّن ذلك الإمام القرافي - كونه الأظهرَ، وبهذا التعليل يكون أصلا طارئًا لا أثر لأصل السفه معه، فهو من جزئيات قاعدتنا باعتبار قيدها.

وهذه الأقسام الأربعة جارية على الضابط، إلا الحالة الثانية؛ فإنها مستثناة من أصلها، مع أن قولي ابن القاسم وغير سحنون في فرعيها مبنيان عليها أيضًا.

وقد أخذت المذاهب الفقهية في الجملة بهذا الضابط، إلا أنه قد يرد على ألسنة الفقهاء التعبير بأن الأصل في الناس الرشد، يعنون بذلك الأصل الطارئ الغالب على ما هو مبين في التقسيم السابق، ويشبه أن يكون من ذلك ما نقله الحموي عن الشيخ عبد الغني العبادي أنه سُئل: هل الأصل في الناس الرشد أو السفه؟ فأجاب: الأصل في الناس الرشد[1].

والخلاصة: أن الصيغة المختارة لقاعدتنا معبرة عن تقرير الفقهاء استصحاب السفه أصلا أصيلا بمنطوقها، والرشد أصلا طارئًا بمفهومها المصرح به في بعض صيغها الأخرى، فهي جامعة للاعتبارين المبينين في التقسيم السابق، وفقًا لما جزم به ابن حجر الهيتمي بقوله: «الأصل بقاء السفه، ومن قال الأصل بقاء الرشد يتعين حمل كلامه على من عُرِف له حالة رشد ثم اختلف في سفهه؛ فحينئذ يصدق مدعي الرشد؛ لأنه الأصل حينئذ»[2].

(١) غمز عيون البصائر ٢/٣٤٢.
(٢) الفتاوى الكبرى ٣/٥٠.

أدلة الضابط :

قول الله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، ووجه الاستدلال به: اشتراطه تعالى دفع مال اليتامى لهم بشرطين هما: بلوغ النكاح، وإيناس الرشد كما هو صريح الآية[١]، وتقريره: أن إيناس الرشد لا يكون إلا بالابتلاء، فلا يدفع إلى اليتيم ماله وإن كان شيخًا حتى يؤنس منه الرشد[٢]؛ إذ لو كان الشارع يقر استصحاب الرشد أصلا لكان بلوغ المحجور عليه مبلغ الرجال كافيًا لثبوت رشده، وفك الحجر عنه، ولما احتيج إلى ابتلائه حينئذ.

تطبيقات الضابط :

١- يحجر على من قرب عهده بالبلوغ للشك في رشده، فإذا انتهى إلى حد يغلب فيه الرشد عند الناس حكم برشده لغلبة الرشد عليه[٣]؛ لأن الناس محمولون على السفه حتى يظهر منهم الرشد.

٢- البكر المهملة – وهي التي لا أب لها ولا وصي ولا مقدم من قبل القاضي – إذا لم يعلم حالها برشد ولا بسفه - لا يجوز رضاها بدون صداق المثل ولا يلزمها[٤]؛ لأن الأصل بقاء السفه.

٣- من بلغ ولم تمض مدة يعرف فيها رشده فتزوج بإذن والده من غير حاجة إلى النكاح؛ فعقده غير صحيح؛ استصحابًا لحكم الحجر،

(١) تفسير القرطبي ٧/١٣٥.
(٢) تفسير البغوي ٢/١٦٥.
(٣) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام ٢/٤٣، مغني المحتاج ٢/١٦٦.
(٤) انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/٣١٥-٣١٦ (والنص من الشرح الصغير).

كالسفيه غير المحتاج؛ بناء على أن الأصل السفه والرشد طارئ[١].

٤- شخص بلغ وباع مِلكًا، وشهدت بينة بأنه رشيد حالة البيع، وقامت بينة أخرى بأنه عند البيع المذكور سفيه مبذر؛ فالبيع المذكور لا ينفذ؛ بناء على بينة الرشد المذكورة؛ فإن البينة الشاهدة بإنه كان حالة البيع سفيها مبذرًا مقدمة عليها[٢]؛ لأن الأصل بقاء السفه[٣].

٥- إذا حجر القاضي على سفيه ثم ادعى الرشد، وادعى خصمه بقاءه على السفه وأقام كل منهما بينة على ما ادعاه، فينبغي تقديم بينة البقاء على السفه[٤]؛ لأن الأصل بقاء السفه.

٦- لا بد لرفع الحجر عن ذات الأب بعد دخول زوجها بها من مضي مدة من الزمان تمارس فيها الأحوال، وما عملته في تلك المدة محمول على الرد، إلا أن يتبين فيه السداد، وما عملته بعد ذلك محمول على الإمضاء حتى يتبين فيه السفه[٥]؛ لأن الناس محمولون على السفه حتى يظهر منهم الرشد.

٧- من بلغ ولم يثبت رشده ثم تصرف ومات فادعى الآخذ منه أنه رشيد، ووارثه أنه غير رشيد - يُصدَّق الوارث؛ إذ الأصل بقاء السفه، وارتفاع الحجر عنه إنما هو إذا ثبت رشده فحيث لم يثبت كان الحجر باقيا[٦].

---

(١) انظر: فتاوى الرملي ٤/٦٩.
(٢) انظر: فتاوى ابن الصلاح ٢/٥٠٥-٥٠٦.
(٣) انظر: حاشية الدسوقي ٤/٢٢١.
(٤) انظر: أشباه ابن نجيم مع شرحها غمز عيون البصائر ٣/١٧٥ وعبارته: لم أرَ فيها نقلا صريحًا، وينبغي تقديم بينة البقاء على السفه لما في المحيط.
(٥) انظر: تفسير القرطبي ٣/٣٨-٣٩.
(٦) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى ٣/٥٠.

٨- البالغ الذي لم يُعرف رشده إن تصرف بغير إذن وليه لم يصح تصرفه إلا في الأمر اليسير[١]؛ لأن الأصل بقاء السفه.

٩- إذا دفع وصي الصغير ماله إليه قبل ثبوت رشده فضاع المال في يد الصغير وأتلفه يضمن الوصي إذا لم يثبت رشد الصغير بالحجة الشرعية أو بالتجربة[٢]؛ لأن الأصل بقاء السفه.

١٠- لو بلغ شخص وادعى الرشد، وأنكره وليه -لم ينفك الحجر عنه، ولا يحلف الولي؛ لأن الرشد يوقف عليه بالاختبار؛ فلا يثبت بقوله، ولأن الأصل يعضد قوله، بل الظاهر أيضًا؛ لأن الظاهر في قريب العهد بالبلوغ عدم الرشد؛ فالقول قوله في دوام الحجر، إلا أن تقوم بينة بالرشد؛ لأن الأصل بقاء السفه[٣].

بدي أحمد سالم

* * *

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٦-٧.

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٦-٧، انظر: كتب ورسائل وفتاوى ابن تيمية في الفقه ٣١/٣٣٠، انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٦٢٢ (المادة ٩٨٣).

(٣) انظر: مغني المحتاج ٢/١٦٦.



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٧٥

نص الضابط: حَجْرُ المـُفْلِس يَتَعَلَّقُ بِمَالِهِ لا بِذِمَّتِهِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الحجر متعلق بمال المفلس لا بذمته[٢].

٢- المفلس يمنع من التصرف في الأموال الموجودة عند الحجر، لا من إثبات مال في الذمة[٣].

٣- حجر المفلس يختص بماله[٤].

٤- تصرف المفلس في ذمته صحيح[٥].

٥- المفلس ليس بمحجور عليه في ذمته[٦].

---

(١) مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري: المادة ١٥١٥.

(٢) انظر: الإقناع للحجاوي ٢/٢١٠.

(٣) انظر: جامع المقاصد للكركي ٣٠٩/٧.

(٤) الحاوي للماوردي ٣٥٨/٨.

(٥) انظر: كشاف القناع للبهوتي ٤٢٤/٣.

(٦) انظر: المغني لابن قدامة ١٩٧/٥.

صيغ ذات علاقة :

١- كل من تعلق بماله حق الغير وجب أن يكون ممنوعًا من التصرف فيه[١]. (أعم).

٢- المفلس لا يمنع من تصرف غير مالي[٢]. (مقابلة).

٣- لا تعتبر عقود المديون المفلس وتبرعاته وسائر تصرفاته المضرة بحقوق الغرماء في حق أمواله الموجودة وقت الحجر[٣] (بيان)

٤- الصبي والمجنون والسفيه يُمنعون التصرف في أموالهم وذممهم[٤]. (مكملة).

٥- المحجور عليه مؤاخَذ بأفعاله[٥]. (تكامل).

٦- الأصل أن المحجور عليه لسَفَه لا تصح تصرفاته المالية بغير إذن وَلِيِّه[٦]. (تكامل).

شرح الضابط :

(الإفلاس) في اللغة: مصدر أفلس، وهو لازم، يقال: أفلس الرجل إذا صار ذا فلوس، بعد أن كان ذا ذهب وفضة، أو صار إلى حال ليس له

---

(١) تكملة المجموع للمطيعي ١٣/٢٨٠، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «تعلق حق المعين بالمال يمنع التصرف فيه».

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٣/٢٦٥.

(٣) شرح المجلة لسليم رستم باز ص ٥٥٧.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/١٥٦، مطالب أولي النهى لزكريا الأنصاري ٣/٣٦٧.

(٥) العناية للبابرتي ١٥/٤٦٠، وانظره بلفظ: «الحجر لا يؤثر في الأفعال الموجبة للضمان» في قسم الضوابط الفقهية.

(٦) انظر: المنهاج للنووي ١/١٨٤، فتح القدير لابن الهمام ٢١/٣، القواعد الفقهية للبجنوردي ١/٥.

فلوس[١]، والإفلاس في الاصطلاح: أن يكون الدَّين الذي على الرجل أكثر من ماله، وسواء أكان غير ذي مال أصلا، أم كان له مال، إلا أنه أقل من دينه[٢].

قال ابن قدامة: وإنما سُمي من غلب دَيْنُه مالَه مفلسًا وإن كان له مال؛ لأنَّ ماله مستحق الصرف في جهة دينه، فكأنه معدوم[٣].

و(الذِّمَّة) في اللغة: تُفسر بالعهد وبالأمان، كتسمية المعاهَد بالذمي والذمة أيضًا الضمان، فإذا قلت: في ذمتي كذا يكون المعنى في ضماني، وتجمع على ذِمَم، كسِدْرَة وسِدَر[٤].

وأما (الذمة) في الاصطلاح: فهي معنى شرعيٌّ مقدَّر في المكلف، قابل للالتزام واللزوم[٥].

ومفاد الضابط: أن المفلس يُحجر عليه في التصرف فيما بين يديه من أموال؛ حفظًا لحقوق الغرماء، ولا يُحجر عليه في التصرف المالي فيما يلتزمه في ذمته مستقبلا بعد فكِّ الحجر عنه.

فمثلاً: يُحجر عليه في بيع أملاكه، من عقارات ومحلات وسيارات ونحوها.

أما ما التزم به في ذمته وتعهَّد بأدائه للآخرين في المستقبل، فإنه غير محجور عليه فيه، فيجوز أن يقترض ويشتري بالدَّين في ذمته، على أن يوفيَه بعد تيسُّر أموره[٦].

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية نقلاً عن: لسان العرب، المصباح المنير، المغني ٤/٤٠٨، ط ٣، شرح الزرقاني على خليل ٥/٢٦١.
(٢) انظر: الموسوعة الفقهية ٥/٣٠٠ نقلاً عن: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/٢٨٤، ٢٩٣.
(٣) انظر: المغني ٤/٤٠٨.
(٤) انظر: المصباح المنير، والمغرب للمطرزي مادة: (ذمم).
(٥) انظر: الفروق للقرافي ٦/١٨٧.
(٦) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٤/٥٦، شرح مختصر خليل للخرشي ١٦/٤٩١، المهذب للشيرازي ٢/١١١، الإقناع للحجاوي ٢/٢١٠، المغني ٤/٥٣٠، المحلى=

أدلة الضابط:

١- أن المفلس أهل للتصرف، وأيضًا لم يرِدْ ما يمنع من تصرفه المالي في ذمته، وإنما الوارد منْعُه من التصرف في المال الذي يملكه؛ لتعلق حق الغرماء به؛ فيقتصر حكم الحجر على ماله[١].

٢- أن ذمة المفلس يرجى المال لها، ولا ضرر على الغرماء فيما يثبت في ذمته، بل إن اقتراض المفلس في ذمته فيه دفع للضرر عن الغرماء بتوفير المال لهم[٢].

تطبيقات الضابط:

١- يُمنع المحجور عليه لفَلَس من التصرف المالي، من بيع وشراء وكراء واكتراء وهبة وتبرع ووقف[٣].

٢- لو تصرف المحجور عليه لفلس في ذمته بشراء يصح، ويطالَب بالثمن بعد فكِّ الحجر عنه[٤].

٣- الشريك المحجور عليه لفلس يجوز أن يشتري للشركة في ذمته، وينفُذ الشراء على الشركة[٥].

= لابن حزم ٦/٣٠٩، شرح النيل لأطفيش ١٧/٣٥٩، ٢٧/٢٤٦، التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ٣/٣٣٥، جامع المقاصد للكركي ٧/٣٠٩.

(١) انظر: المغني ٤/٥٣٠.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٢/٢٣٢، تكملة المجموع للمطيعي ١٣/٢٨٠، الكافي لابن قدامة ٣/١١.

(٣) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ١٦/٤٨٨، ٤٩١، المغني ٤/٥٣٠.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/١٦٠، مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري: المادة ١٥١٥، المنهاج للنووي ١/١٧٦.

(٥) انظر: حاشية الرشيدي على نهاية المحتاج ٥/١٠، المغني ٥/١٢٣.

٤- يجوز أن يتسلف المفلس المحجور عليه مال في ذمته[١].

٥- لو ضمِن المحجور عليه لفلس مالا في ذمته لأحد يصح، ويطالَب بما ضمن بعد فكِّ الحجر عنه[٢].

٦- لو أقر المحجور عليه لفلس بمال في ذمته يصح، سواء نسب ما أقر به إلى ما قبل الحجر أو بعده أو أطلق[٣].

٧- المحجور عليه لفلس لو ادُّعِي عليه بمال فأنكره، فطُلب منه اليمين فنكل - ثبت عليه المال في ذمته، ويطالب بالمال بعد فك الحجر عنه[٤].

٨- لو أصْدَق المحجور عليه لفلس امرأةً مهرًا في ذمته يصح، ويطالَب بالمهر بعد فكِّ الحجر عنه[٥].

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢٨٥/٧، المغني ٥٣٠/٤.

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات ١٦٠/٢، مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري: المادة ١٥١٥.

(٣) انظر: مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري: المادة ١٥١٥.

(٤) انظر: مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري: المادة ١٥١٥.

(٥) انظر: شرح منتهى الإرادات ١٦٠/٢، مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري: المادة ١٥١٥، مغني المحتاج ١٧١/٣.



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٧٦

نص الضابط: الأَصْلُ فِي فَكِّ الحَـجْرِ زَوَالُ سَبَبِهِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- يزول الحجر عند زوال سببه[٢].

٢- ينفك الحجر لزوال موجِبه[٣].

٣- يثبت الحجر بثبوت المقتضي، ويزول بزواله[٤].

٤- إذا صار المحجور أهلا للتصرف زال الحجر لزوال سببه[٥].

صيغ ذات علاقة:

١- بقاء الحكم ببقاء سببه[٦]. (أعم).

٢- إذا زال المانع عاد الممنوع[٧]. (أعم).

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٥٤٣، ٥٥١، الروض المربع للبهوتي ١/٦٤، شرائع الإسلام للحلي ٢/٨١.

(٢) انظر: المغني ٤/٥٤٣.

(٣) انظر: الروض المربع ١/٦٤.

(٤) انظر: الروضة البهية للعاملي ٤/١٠٧.

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٥١١.

(٦) المبسوط للسرخسي ٦/٩٦، وانظر قاعدة: «الحكم يدار على السبب» في قسم القواعد الأصولية.

(٧) مجلة الأحكام المادة ٢٤، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح الضابط :

أصل (الفَكِّ) في اللغة: الفصل بين الشيئين وتخليص بعضهما من بعض، يقال: فَكَكْتُ الشيء فانْفَكَّ، أي خَلَّصْته، وفَكَّ الرهنَ يَفُكُّه فَكًّا، وافْتَكَّه، بمعنى: خَلَّصه، وكل شيء أَطلقته فقد فَكَكْتَه[1]، فالمراد بفك الحجْر: إطلاقه وإزالته.

و(السبب) لغة: الحَبْل[2]، ثم استعمل لكل شيء يتوصل به إلى غيره، والجمع أسباب، والمراد بـ(السبب) في الاصطلاح: ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته[3].

واتفق الفقهاء على أن الصغر والجنون والرق أسباب للحجر، وذهب الجمهور إلى أن السفه والمرض المتصل بالموت فيما زاد على ثلث مال المريض، وكذلك الإفلاس والرهن، من أسباب الحجر أيضًا.

ويفيد الضابط : أن المحجور عليه لصغر أو سفه أو إفلاس، أو نحو ذلك من أسباب الحجر - إذا زالت عنه تلك الأسباب، فإن الحجر يُفكُّ عنه ويزول بزوالها؛ وحينئذ تصح جميع تصرفاته وعقوده[4].

---

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور (فكك).

(٢) انظر: المصباح المنير للفيومي مادة (سبب).

(٣) شرح الكوكب المنير للفتوحي ص ١٣٩.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥٤/١٦، حاشية الدسوقي ٢٩٦/٣ وما بعدها، الشرح الصغير بحاشية الصاوي ٣٨٢/٣ - ٣٨٣، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢١١، الحاوي الكبير للماوردي ٧٩٧/٦، المغني ٥٥١/٤، المحلى لابن حزم ٥٧٥/٦، البحر الزخار لابن المرتضى ٤١٨/١٣، ٤٦٣، شرح الأزهار لابن مفتاح ٢٨٦/٤، شرح النيل لأطفيش ٣٥٨/٢٧، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٤٠٩/٢.

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ [النساء: ٦]، وجه الدلالة: أن الله سبحانه أمر بدفع الأموال إلى اليتامى المحجور عليهم عند زوال سبب الحجْر، وهو البلوغ وإيناس الرشد ودفْع المال إليهم فكٌّ للحَجْر[١].

٢- قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا﴾ [النساء: ٥]، وجه الاستدلال: أن الله سبحانه نهى عن إيتاء السفهاء الأموال؛ لوجود وصف السفه؛ فدل على أن ذلك علة لمنع الإيتاء، فإذا زال الوصف جاز الإيتاء.

٣- قاعدة: «بقاء الحكم ببقاء سببه»[٢]، وقاعدة: «إذا زال المانع عاد الممنوع»[٣]، فسبب الحجْر، كالصغر والسفه والإفلاس، إن وُجد فقد وُجد مسبَّبه وهو الحجْر، فإذا انعدم هذا السبب وزال لا يبقى الحكم - وهو الحجْر- بعد زوال سببه.

تطبيقات الضابط:

١- الصغير الذي لم يبلغ الحُلُم محجور عليه بحكم الشرع حتى يبلغ، ثم يستمر الحجر عليه إلى أن يرشد، فإذا بلغ رشيدًا، زال عنه الحجر، على خلاف بين الفقهاء في معيار الرشد، وهل يحتاج فك الحجر إلى حكم الحاكم أو يزول بمجرد البلوغ رشيدًا؟[٤].

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٤/٥١٠.

(٢) المبسوط ٦/٩٦.

(٣) مجلة الأحكام العدلية، المادة ٢٤.

(٤) انظر: المغني ٤/٥١٦ – ٥١٧، القوانين الفقهية ص ٢١١، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٧/٨٧-٨٨.

٢- إذا أحاط الدين بمال المدين المفلس، وطلب الغرماء الحجر عليه وجب على الحاكم تفليسه عند المالكية والشافعية والحنابلة وصاحبي أبي حنيفة، وهو المفتى به عند الحنفية وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا يفلس[1]، ولو بقي على المفلس شيء من الديون لا ينفك الحجر عنه بقسمة ماله بين الغرماء عند الشافعية والحنابلة، قال الشافعية: ولا ينفك الحجر أيضًا باتفاق الغرماء على فكه، ولا بإبرائهم للمفلس، بل إنما ينفك بفك القاضي.

وصرَّح الحنابلة بأن الحجر ينفك عن المفلس إن لم يبقَ عليه للغرماء شيء، دون حاجة إلى فكه من قبل الحاكم.

أما عند المالكية، وهو وجه آخر عند الحنابلة ذكره صاحب المغني: فإنَّ حجر المفلس ينفك بمجرد قسمة الموجود من ماله[2]، وكل ذلك جارٍ على مقتضى الضابط.

٣- إذا قلنا بالحجر على المفتي الماجن، والطبيب الجاهل، والمـُكَارِي المفلس، للمصلحة العامة؛ لما فيهم من هذه الأوصاف[3]، فإن الحجر يزول عنهم بزوالها عملا بمقتضى هذا الضابط.

٤- ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن المرتد يحجر عليه لحق المسلمين؛ لأنَّ تركته فيء فيمنع من التصرف في ماله؛ لئلا يفوته على

---

(١) انظر: الهداية للمرغيناني وشروحها ٢٠٢/٨ - ٢٠٧، شرح الزرقاني على خليل وحاشية البناني عليه ٢٦١/٥-٢٦٥، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٨٤/٢، ٢٨٥، قواعد ابن رجب ص ١٤، ٨٧، المغني ٤٣٨/٤، شرح المنهاج بحاشية القليوبي ٢٨٥/٢، كشاف القناع للبهوتي ٤٢٣/٣، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠١/٥-٣٠٢.

(٢) انظر: حاشية الدسوقي ٢٦٨/٣، ٢٦٩، كشاف القناع ٤٤١/٣، المغني ٤٤٩/٤، شرح المنهاج مع حاشية القليوبي ٢٩١/٢، نهاية المحتاج ٣٢٠/٤، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٢٢/٥-٣٢٣.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٩٣/٥.

المسلمين[١]، فإن عاد إلى الإسلام دفعت إليه أمواله وزال عنه الحجر؛ لزوال السبب المانع.

٥- إذا حجر على الشخص في تصرفاته المالية لجنون اعتراه، فإن هذا الحجر يزول عنه ويعود إلى حاله الأول إذا أفاق من جنونه[٢]؛ لأنَّ الحجر يزول بزوال سببه.

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: مغني المحتاج ١٦٥/٢، حاشية الدسوقي ٢٩٢/٣، شرح منتهى الإرادات ٢٧٤/٢، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٠١/١٧.

(٢) انظر: شرح الخرشي ٢٩٥/٥.



ضوابط باب الرهن

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٧٧

نص الضابط: مَا جَازَ بَيْعُهُ جَازَ رَهْنُهُ وَمَا لَا فَلَا[١].

صيغ أخرى للضابط:

١ - ما يجوز بيعه جاز رهنه[٢].

٢ - كل عين جاز بيعها جاز رهنها[٣].

٣ - ما لا يجوز بيعه فلا يصح رهنه[٤].

---

(١) المنثور في القواعد للزركشي٣/١٣٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٧، وفي شرح النيل وشفاء العليل ١١/٢٠ بلفظ: «كل ما جاز بيعه جاز رهنه كما يجوز بيعه، وما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه».

(٢) انظر: المغنـــي ٤/٢٢٥، ٢٤٧، وفي تصحيح الفروع للمرداوي ٤/٢١١- ٢١٢ بلفظ: «يجوز رهن ما يصح بيعه»، وفي حاشية الشلبي (٦/٩٣) بلفظ: «ما جاز بيعه جاز رهنه»، وفي الذخيرة للقرافي ١/٩٢ بلفظ: «ما يجوز بيعه وملكه فيجوز رهنه مطلقًا».

(٣) المغني ٤/٢٢١، وفي المقنع لابن قدامة بلفظ: «يصح رهن كل عين يجوز بيعها»، وفي تصحيح الفروع للمرداوي ٤/٢١١- ٢١٢ بلفظ: «يصح الرهن في كل عين يجوز بيعها»، التجريد للقدوري ٦/٢٧٥١ بتصرف يسير، وفي المغني ٤/٢٢٢ بلفظ: «كل عين يجوز بيعها في محل الحق يصح رهنها».

(٤) انظر: المغني٤/٢٢٥، وفي ٤/٢٢٧ بلفظ: «لا يصح رهن ما لا يصح بيعه»، شرح الوجيز ٤/٤٤١، في التمهيد للكلوذاني ٤/٤٨، الواضح لابن عقيل ٢/٦٥، حاشية الروض لابن القاسم ٥/٦٠، المقنع لابن قدامـــة ١/١١٦ بلفظ: «ما لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه»، في التلخيص لابن القاص ص ٣٣٨، بلفظ: «ما لم يجز بيعه لم يجز رهنه».

شرح الضابط :

(الرهن) لغة: الثبوت، يقال: رهن الشيء يرهن رهونًا: ثبت ودام، فهو راهن، ومنه الحالة الراهنة أي: الثابتة، ويطلق أيضًا على الاحتباس، ومنه قوله تعالى: ﴿كُلُّ نَفْسٍ بِمَا كَسَبَتْ رَهِينَةٌ﴾ [المدثر: ٣٨][١].

وشرعًا: هو جعل عين مال، وثيقة بدين، يُستوفى منها عند تعذر وفائه[٢].

وهذا الضابط يتعلق بأحد أركان الرهن، وهو الشيء المرهون، وقد قرره فقهاء المذاهب الأربعة والظاهرية والزيدية والإمامية والإباضية[٣].

والمعنى فيه: أن كل ما جاز أن يقع عقد البيع عليه، كالبيوت والأراضي مثلا، جاز رهنه، وما امتنع أن يقع عقد البيع عليه، كالميتة مثلا، فلا يجوز رهنه.

والشيء لا يصح أن يكون مبيعًا حتى تتوافر فيه عدة أمور[٤]:

١- أن يكون موجودًا، فلا يصح بيع المعدوم كبيع الثمرة قبل أن تخلق.

٢- أن يكون مالا منتفعًا به، فلا يصح بيع الحشرات.

٣- أن يكون مملوكًا لمن له العقد[٥].

---

(١) انظر: المصباح المنير ص ٢٤٢، المغرب ص ٢٠٣، أسنى المطالب ١٤٤/٢.

(٢) انظر: أسنى المطالب ١٤٤/٢.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٩٣/٦، ٣٢٠/٨، الذخيرة للقرافي ٩٢/١، المنثور في القواعد للزركشي ١٣٩/٣، المغني ٢٢٥/٤، ٢٤٧، المحلى ٣٦٥/٦، التاج المذهب ٢٢٩/٣، شرح النيل وشفاء العليل ١٨/١١ - ١٩، الروضة البهية ٦٥/٤.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٣٨/٥ - ١٧٨، الشرح الصغير للدردير ٢٢/٣، مغني المحتاج ٣٣٨/٢ - ٣٦٨، كشاف القناع ١٥٢/٣ ١٦٣، التاج المذهب ٣١٣/٢ - ٣١٤.

(٥) قسم الحنفية هذا الشرط قسمين: أن يكون المبيع مملوكًا في نفسه، فلا ينعقد بيع الكلأ مثلا؛ لأنه من المباحات غير المملوكة، والثاني: أن يكون المبيع مملوكًا للبائع عند البيع.

٤- أن يكون مقدورًا على تسليمه، فلا يصح بيع الطير في الهواء، ولا السمك في الماء.

٥- أن يكون معلومًا للعاقدين[١].

٦- أن يكون طاهرًا، فلا يصح بيع النجس، وصرح به المالكية والشافعية، والفقهاء اعتبروا هذه الأمور في الشيء المرهون حتى يجوز رهنه[٢].

أدلة الضابط :

١ - أن حكمة الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وما لا يجوز بيعه لا يمكن ذلك فيه[٣].

٢ - أن ما كان محلاً للبيع كان محلًا لحكمة الرهن، ومحل الشيء محل حكمته إلا أن يمنع مانع من ثبوته أو يفوت شرط، فينتفي الحكم لانتفائه[٤].

٣ - ولأن عقد الرهن عقد تمليك يدًا، فإذا ملك الشخص تمليك العين رقبة ويدًا بالبيع، فأولى أن يملك ذلك يدًا بالرهن[٥].

---

(١) وهو من شروط الصحة عند الحنفية: وهي ما لا صحة للبيع بدونها وإن كان ينعقد وينفذ بدونها انظر: بدائع الصنائع ١٣٥/٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٣٥/٦، الشرح الكبير للدردير ٢٣١/٣، مغني المحتاج ٤٦/٣، كشاف القناع ٣٢١/٣، المحلى ٣٦٥/٦، التاج المذهب ٢٢٩/٣، شرح النيل وشفاء العليل ١١/١٨-١٩، الروضة البهية ٦٥/٤.

(٣) انظر: المغني ٢٢١/٤، ٢٢٧.

(٤) انظر: المغني ٢٢١/٤.

(٥) انظر: حاشية الشلبي ٩٣/٦.

تطبيقات الضابط:

١ - يصح رهن المُشَاع عند جمهور الفقهاء، من المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والإمامية وبعض الإباضية، خلافًا للحنفية والزيدية[(١)]؛ لأنَّ المشاع يصح بيعه، وكل ما صح بيعه جاز رهنه[(٢)].

٢- في رهن الثمرة قبل بدو صلاحها من غير شرط القطع وجهان عند الحنابلة: أحدهما: يجوز، وهو اختيار القاضي؛ لأنَّ الغرر يقلُّ فيه؛ فإن الثمرة متى تلفت عاد إلى حقه في ذمة الراهن، ولأنه يجوز بيعه فجاز رهنه، والثاني: لا يصح، وهو منصوص الشافعي؛ لأنَّه لا يجوز بيعه، فلا يصح رهنه، كسائر ما لا يجوز بيعه[(٣)]، وكلا القولين جارٍ على مقتضى الضابط.

٣ - اختلف في جواز رهن المصحف على قولين: أحدهما أنه لا يصح رهنه؛ لأنَّ المقصود من الرهن استيفاء الدين من ثمنه، ولا يحصل ذلك إلا ببيعه، وبيعه غير جائز، والثاني أنه يصح رهنه؛ بناء على أنه يصح بيعه فصح رهنه، كغيره[(٤)]، وكلا القولين جارٍ على مقتضى الضابط.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٦٩/٢١، بدائع الصنائع للكاساني ١٤٠/٦، الجوهرة النيرة ٢٢٨/١، البحر الزخار ١١٥/٥، شرح النيل ٤٦/١١.

(٢) المعونة على مذهب عالم المدينة للقاضي عبد الوهاب البغدادي ١٤٧/٢، التوضيح للشيخ خليل شرح جامع الأمهات لابن الحاجب ٨٧/٦، الوسيط للإمام الغزالي ٤٦٢/٢، روضة الطالبين، عمدة المفتين للإمام النووي ٣٨/٤، المنهاج له مع شرحه تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٥٥/٥، شرح نهاية المحتاج للرملي ٢٣٩/٤، المبدع في شرح المقنع لابن مفلح ٢٠٥/٤، الروض المربع شرح زاد المستقنع للبهوتي ٣٦٥/١، الجامع للشرائع للحلي ٢٩٤/١، جواهر الكلام لمحمد حسن النجفي ١٤١/٢٦، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «ما جاز بيعه جاز رهنه وما لا فلا».

(٣) انظر: المغني ٢٢٥/٤، التلخيص لابن القاص ص ٣٣٨، التجريد ٢٧٥٠/٦، شرح النيل وشفاء العليل ١٨/١١.

(٤) انظر: المغني ٢٢٥/٤، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٧٢/٢، المجموع للنووي شرح المهذب للشيرازي ٢١٥/١٣، الإنصاف في الراجح من الخلاف للمرداوي ١٤٦/٥، القواعد الفقهية للبجنوردي ٢٧٣/٤.

٤ - لا يجوز رهن الوقف؛ لعدم جواز بيعه، وكذا لا يجوز رهن الأراضي الخراجية؛ لعدم جواز بيعها، وما لا يصح بيعه لا يصح رهنه[١].

٥ - لا يصح رهن العين المرهونة؛ بناء على أنها لا يصح بيعها[٢].

٦ - لا يصح رهن المجهول؛ لأنه لا يصح بيعه، فلو قال: (رهنتك هذا الجِرَاب أو البيت بما فيه، أو ما في هذا الصندوق) لا يصح؛ لأنَّه يعتبر للعلم في الرهن ما يعتبر في البيع[٣].

٧ - لا يجوز رهن ما لا يقدر على تسليمه، كالجمل الشارد، والطير الطائر، والسمك في الماء؛ لأنَّه لا يمكن تسليمه ولا بيعه في الدين؛ فلم يصح رهنه[٤].

٨ - اختلف الفقهاء في جواز رهن الدَّين، ومما اعتمد عليه من قالوا بجوازه القولُ بجواز بيعه كالعين، وكل ما جاز بيعه جاز رهنه[٥].

علاء إبراهيم عبدالرحيم

* * *

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٢٢٧/٤، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ٤٤١/٤، القواعد الفقهية للبجنوردي ٢٧٢/٤.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٢٢٧/٤، فتح العزيز شرح الوجيز للرافعي ٤٤١/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٥٧، غمز عيون البصائر ٢٤٢/٣.

(٣) انظر: المغني ٢٢٨/٤، بدائع الصنائع للكاساني ١٣٧/٦، الحاوي للماوردي/١٨٤/٦، المجموع للنووي ٢٠٨/١٣.

(٤) انظر: المجموع للنووي شرح المهذب للشيرازي ٢٠٨/١٣، المغني لابن قدامة ٢٦١/٤، بدائع الصنائع للكاساني ١٣٧/٦.

(٥) انظر: المجموع للنووي ٢٠٥/١٣، الذخيرة للقرافي ٧٩/٨، كشاف القناع للبهوتي ٣٠٧/٣، المنثور في القواعد للزركشي ١٣٩/٣.



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٧٨

نص الضابط: لا يَلْزَمُ الرَّهْنُ إلَّا بِالقَبْضِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا يلزم الرهن إلا بالتسليم[٢].

٢- لا يتم الرهن إلا بالقبض[٣].

٣- لا يتم الرهن إلا بالحيازة[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- التوثيق إنما يحصل بالقبض[٥]. (أعم).

٢- الرهن ينعقد بالإيجاب والقبول، ويتمُّ ويلزم بالقبض[٦]. (مكمل).

٣- يصح الرهن قبل القبض، ولا يتمُّ إلا به[٧]. (مكمل).

---

(١) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٥/٥٩، الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٣/٧٥، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢/٣٢٧، المغني لابن قدامة ٤/٢١٦، الإنصاف للمرداوي ٥/١٤٩.

(٢) رد المحتار لابن عابدين ٦/٥١٤، شرح المجلة للأتاسي ٣/١٣٣.

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ٨/١٠١، الشرح الصغير للدردير٣/٣١٣، الفواكه الدواني للنفراوي٢/١٦٥.

(٤) انظر: حاشية العدوي ٢/٢٧١.

(٥) البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١١٠.

(٦) تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٦٣.

(٧) حاشية المعداني على شرح ميارة ١/١٠٩.

٤- القبض شرط في اختصاص المرتهن بالرهن[١]. (أخص).

شرح الضابط :

(القبض) لغة: الأخذ[٢]، واستعمله الفقهاء بمعنى حيازة الشيء، والتمكن منه والاستيلاء عليه استيلاء يمكن القابض من التصرف في المقبوض بلا مانع[٣]، والقبوض تختلف في الأشياء بحسب اختلافها في أنفسها، وبحسب اختلاف عادات الناس فيها، فمنها ما يكون قبضه باليد مناولة، كالنقود والثياب والحلي، ونحوه مما يسهل أخذه باليد، ومنها ما يكون بالنقل، كالأحجار والدواب والأثاث والمركبات، ومنها ما يكون بالتخلية، كالأرض والدور والأشجار[٤]، بحيث يكون الشيء في قبضة الإنسان وتحت سيطرته[٥].

وهذا الضابط يقرر أن القبض من شروط عقد الرهن، ولا خلاف في ذلك بين الفقهاء؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن كُنتُمْ عَلَىٰ سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، وإنما الاختلاف حاصل حول ما إذا كان القبض شرط صحة في الرهن، أم هو شرط كمال، أم هو شرط في تقرير حق اختصاص المرتهن في استيفاء حقه من الأشياء المرهونة؟ وللفقهاء في ذلك ثلاثة أقوال على النحو التالي:

القول الأول: لجمهور الفقهاء من الحنفية، والشافعية، والحنابلة في المذهب، وهو أنَّ الرهن يصح بالعقد، ولكنه لا يلزم في حق الراهن إلا بقبضه؛

---

(١) حاشية المعداني ١/١٠٨، وانظر: الكافي لابن عبد البر ص ٤١٠، التفريع لابن الجلاب ٢/٢٦٣.

(٢) انظر: لسان العرب لابن منظور ٧/٢١٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٤٨، الرسائل العشر للطوسي ص ٢٧٩.

(٤) انظر: بدائع الصنائع٥/٢٤٤، المنتقى للباجي ٤/٢٨٣، المجموع للنووي ٩/٣٣٤، المغني ٤/٩٠، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٦٣.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٥/١٤٨، البحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٦٨.

فيكون له قبل القبض أن يرجع عنه أو يسلِّمه، أما في حق المرتهن، فهو غير لازم بحال[١].

القول الثاني: لابن حزم وبعض الحنابلة، وهو أنَّ القبض شرط في صحة عقد الرهن، فإذا افترق العاقدان ـ أي الراهن والمرتهن ـ قبله بطل، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]؛ حيث أفاد أنها رهان شأنُها وصفَتُها أن تكون مقبوضة، فما لم تكن كذلك عند إنشائها، فلا يحكم بصحتها، ولأنَّ المرهون وثيقةٌ بالدين، ولا يحصل التوثيق إلا بقبضه[٢].

القول الثالث: للمالكية، وهو أن الرهن يصح ويلزم بالعقد، ولكنه لا يتمُّ إلا بالقبض، وللمرتهن المطالبة بالإقباض، ويُجْبَر الراهن عليه[٣]، ومرادهم باشتراط قبض المرهون لتمام الرهن: أنه شرط في استقرار الفائدة وتمام الوثيقة؛ ليكون بقبضه أولى من الغرماء عند الفَلَس أو الموت[٤]، قال ابن شاس: «فهو كشرط في حكم اختصاصِ المرتهن به عن بقية الغرماء عند المزاحمة»[٥]، واحتجوا على لزومه بالعقد بأن قوله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقۡبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣] قد أثْبَتَهَا رهانًا قبل القبض، وأنَّ قوله سبحانه: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾ [المائدة: ١] دليل على إلزام الراهن بتسليم المرهون؛ وفاء بالعقد الذي أبرمه، وعلى هذا القول جرى الضابط الذي بين أيدينا.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٦/٦٦٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/١٢٨، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٢٤٩، المغني ٦/٤٤٥.

(٢) المحلى لابن حزم ٨/٨٨، المبدع لابن مفلح ٤/٢١٩، الإنصاف للمرداوي ١٢/٣٩١.

(٣) انظر: الشرح الصغير للدردير ٣/٣١٣، الذخيرة ٨/١٠٠، الكافي لابن عبد البر ص ٤١٠، حاشية الدسوقي ٣/٢٣١، منح الجليل لعليش ٣/٧٤، البهجة وحلى المعاصم ١/١٦٨، الإشراف للقاضي عبد الوهاب ٢/٥٧٦، حاشية المعداني ١/١٠٨، ١٠٩.

(٤) حاشية المعداني على شرح ميارة ١/١٠٨، الذخيرة ٨/١٠٠، شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٢/٤١٣.

(٥) عقد الجواهر لابن شاس ٢/٥٨٧.

أدلة الضابط :

١- قول الله تعالى: ﴿فَرِهَٰنٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾ [البقرة: ٢٨٣]، حيث وصف سبحانه الرِّهان بكونها مقبوضة، وذلك يقتضي أن يكون القبض شرطًا للزومها؛ إذ لو لزمت بدون القبض، لم يكن للتقييد به فائدة.

٢- أن الرهن عقد إرفاق وتبرع؛ لأنَّ الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئًا، وعقود التبرعات ضعيفة في نفسها؛ لتعريها عن العوض؛ فاحتاجت إلى مؤيد يقويها بعد انعقادها، وهو القبض؛ لتلزم وتستقر، قال إمام الحرمين: «فاعتبار الرهن بالهبة قريب، من قِبَل أنَّ كل واحد منهما تبرع، والمتبرع قد يتعرض للندم ـ والمعاوضات تبعد عن إمكان الندم ـ ومن ثم جَعَل الشارع لما ذكرنا من توقُّع الندم منتهى ومَرَدًّا، وهو القبض»[1]، وقال الزيلعي: «ولأن الرهن عقد تبرع؛ لأنَّ الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيئًا؛ ولهذا لا يُجبَر عليه، فلا بُدَّ من الإمضاء بعدم الرجوع، كما في الوصية والصدقة والهبة، والإمضاء يكون بالقبض»[2].

تطبيقات الضابط :

١- لو خرس الراهن أو ذهب عقله قبل أن يقبض المرتهن الرهن، ولا سلطه على قبضه لم يكن للمرتهن حق مقرر على الشيء المرهون؛ لأنَّ الرهن لا يلزم إلا بالقبض[3].

٢- إذا تصرَّف الراهن في الرهن قبل أن يقبضه المرتهن بهبة أو بيع، أو

---

(١) انظر: نهاية المطلب ٦/٧٨.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٦/٦٣.

(٣) انظر: الأم ٣/١٤٢.

جَعَلَهُ صَدَاقًا أو أجرة، ونحو ذلك مما يخرج به عن ملكه، أو رَهَنَه ثانيًا - نفذ تصرفُه؛ لعدم لزوم الرهن، وبَطَل الرهن الأول؛ لأنَّ الرهن لا يتم إلا بالقبض(١).

٣- لو مات الراهن قبل أن يقبض المرتهن الرهن، لم يكن للمرتهن قبض الرهن، وكان هو والغرماء في استيفاء حقه من الشيء المرهون سواء؛ لأنَّ الرهن لا يلزم إلا بالقبض(٢).

٤- إذا أفلس الراهن قبل أن يقبض المرتهن الرهن، كان المرتهن والغرماء فيه أسوة؛ لأنَّ الرهن لم يتم له؛ إذ لا يلزم إلا بالقبض(٣).

أ. د. نزيه حماد

* * *

(١) انظر: أسنى المطالب ١٥٦/٢، مغني المحتاج ١٢٩/٢، المغني ٤٤٨/٦، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢٣٣/٢.

(٢) انظر: حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٦٣/٦، الأم ١٤٢/٣.

(٣) انظر: الأم ١٤٢/٣، المغني ٤٤٧/٦.



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٧٩

نص الضابط: الرَّهْنُ مِلْكٌ لِلرَّاهِنِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١ـ ملك الرهن لربه[٢].

٢ـ الرهن للراهن[٣].

٣ـ الرهن مال الراهن[٤].

٤ـ ملك الشيء المرتهن باقٍ لراهنه بيقين[٥].

٥ـ الراهن بعد عقد الرهن مالك للعين كما كان قبله[٦].

٦ـ المرهون ملك للراهن[٧].

٧ـ عين الرهن ملك المالك[٨].

---

(١) الأم للشافعي ١٩٠/٣، المغني لابن قدامة ٢٥١/٤، وانظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣٨٩/٢، المنتقى للباجي ٢٤٩/٥ وفيه بلفظ: «جميع الرهن للراهن»، كشاف القناع للبهوتي ٣٣٩/٣، مطالب أولي النهى للرحيباني ٢٧٩/٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٥٥/١١.

(٢) الأم ١٩٩/٨.

(٣) الأم لابن حزم ١٩٠/٣.

(٤) المحلى ٣٧١/٦.

(٥) المحلى ٣٦٦/٦.

(٦) المبسوط للسرخسي ١٠٤/٢١.

(٧) الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٩٥/٣.

(٨) مجمع الأنهر ٦٠٨/٢.

صيغ ذات علاقة :

١- حق الملك أقوى من حق الاستيثاق[١]. (عموم وجهي).

٢- مؤنات الملك على المالك[٢]. (عموم وجهي).

٣- الأصل أن ما كان من حقوق الملك على الراهن، وما كان من حقوق اليد فهو على المرتهن[٣]. (أخص).

٤- الرهن أمانة في يد المرتهن[٤]. (أخص).

٥- منافع الرهن للراهن[٥]. (أخص).

٦- مؤنة الرهن على الراهن[٦]. (أخص).

---

(١) حاشية الجمل ٢٦٨/٣.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٥١/٦، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) بدائع الصنائع ١٥١/٦.

(٤) تكملة فتح القدير لقاضي زادة ١٩١/١٠ وفيه: «عين الرهن أمانة لكن يد المرتهن يد استيفاء»، الفتاوى الهندية ٤٦٥/٥، مواهب الجليل للحطاب ٣٦/٦، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٨، كشاف القناع للبهوتي ٣٤١/٣، وانظر: المغني لابن قدامة ٢٥٨/٤، القواعد لابن رجب ص ٥٨، الأم ١٥٣/٣.

(٥) الأم ١٥٨/٣، المحلى ٣٦٥/٦، وفي ألفاظ أخر نحو: «منفعة الرهن للراهن» كما في الفواكه الدواني للنفراوي ١٦٧/٢ ونحو: «غلة الرهن للراهن» شرح الخرشي ٢٤٨/٥، ونحو: «غلة الرهن لصاحبه» كما في أحكام القرآن للجصاص ٧٢٥/١، وفي لفظ: «الحق في غلة الرهن لرب المال» كما في فتح العلي الملك لعليش ١٣٩/٢ وفي صيغة مقابلة: «ليس للمرتهن الانتفاع بالرهن» مجمع الأنهر ٥٨٧/٢.

(٦) كشاف القناع ٣٣٩/٣ وانظر: مجمع الأنهر ٥٩٠/٢، التاج المذهب للعنسي ٢٣٤/٣ وفي ألفاظ أخر نحو: «نفقة الرهن عائدة على الراهن» درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١٧٠/٢ ونحو: «نفقة الرهن على الراهن» الهداية للمرغيناني مع العناية ١٥١/١٠، وانظر: رد المحتار لابن عابدين ٤٨٧/٦، شرح الخرشي ٢٥٤/٥، ونحو: «نفقة المرهون على الراهن» كما في الجوهرة النيرة للعبادي ٢٣٦/١.

شرح الضابط :

هذا الضابط بيان للآثار الحقوقية والاختصاصات الشرعية المترتبة على عقد الرهن، فهو يقضي بأن انتقال المال المرهون من يد المدين الراهن إلى يد الدائن المرتهن يثبت للمرتهن الحق في حبس المرهون ضمانًا للحصول على ما له لدى الراهن بالطريق العادي للوفاء، أو باستيفائه من ثمن المرهون عند تعذر استيفائه ممن هو عليه، ولا يصير المرتهن بذلك مالكًا للعين المرهونة، فحق الملك واختصاصاته على الأشياء المرهونة باقٍ للراهن كما كان قبل عقد الرهن.

وعلى هـذا؛ فإن جميع السلطات المقررة شرعًا على الشيء بمقتضى حق الملك، نحو: التصرف فيه، والانتفاع به، واستحقاق فوائده وثماره، وتحمُّل مؤناته وتبعاته، والقيام بصيانته وإصلاحه، ثابتة للراهن، ولا يمنع من شـيء من ذلك إلا ما كان منها مبطلا لحق المرتهن المقرر له بمقتضى عقد الرهن، وهو حبس المرهون؛ ضمانًا لاستيفاء حقه، فيمتنع على الراهن القسمة المضرة، كما يمنع من بيعه أو إعارته أو هبته؛ لما في ذلك من إبطال مقصود الرهن وحكمه، وهو كون المرتهن أحق ببيع المرهون وأخص بثمنه من بين سائر الغرماء[1].

ويجدر التنبيه إلى ثلاث علائق، هي مفرعة على هذا الضابط، ومرعية في أحكامه وجزئياته، وبيانها على النحو التالي:

أولاً : اختلف الفقهاء في صفة يد المرتهن على المال المرهون: هل هي يد أمانة؛ وعليه فلا يضمن إلا إذا ثبت تعديه أو تفريطه، أو أنها يد ضمان؛ فيضمن وإن لم يتعدَّ أو يفرِّط؟ للفقهاء في ذلك أقوال حاصلها على النحو التالي:

القول الأول : يرى أن الرهن أمانة في يد المرتهن، فإذا تلف بغير جناية

---

(١) انظر: كشاف القناع ٣/٣٢٠، ٣٢٥.

من المرتهن أو تفريط، رجع المرتهن بحقه عند محله، وكانت المصيبة فيه من راهنه؛ جريًا على كليات الشريعة القاضية بأن يد الأمين يد المالك، أما إذا تعدى المرتهن في الرهن، أو فرط في حفظ الرهن الذي عنده حتى تلف، فإنه يضمن، وهذا هو قول جمهور الفقهاء، من الشافعية[1] والحنابلة وأهل الظاهر، وبه قال عطاء، والزهري والأوزاعي وأبو ثور وابن المنذر[2]، ووافقهم المالكية فيما إذا كان تلف الرهن بأمر ظاهر، كالموت والحريق[3]، واستدلوا على ذلك بقول النبي ﷺ في حق المرتهن: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه»[4]، أي له منافعه وفوائده، وعليه تبعاته ومصائبه، ولأن الرهن وثيقة بالدين، فلا يضمن، كالزيادة على قدر الدين، وكالكفيل والشاهد، ولأنه مقبوض بعقد واحد بعضه أمانة؛ فكان جميعه أمانة، كالوديعة[5].

وناقش الجمهور ذلك من عدة وجوه: أولها: أن حديث عطاء مرسل. وثانيها: أن قول عطاء يخالفه في إثبات ما روي عنه، وهو: أنه فيما ظهر هلاكه ـ أي المرهون ـ أمانة، وفيما خفي يترادان الفضل، أي الراهن والمرتهن. وثالثها:

---

(١) تجدر الإشارة إلى أن المحاملي وتبعه البلقيني استثنيا ثمان مسائل من هذا الأمر وهو: «يد المرتهن يد أمانة» وهي: «المغصوب إذا تحول رهنًا، والمرهون إذا تحول غصبًا، والمرهون إذا تحول عارية، والمستعار إذا تحول رهنًا، والمقبوض بالبيع الفاسد إذا رهن، والمقبوض بالسوم إذا رهن، ورهن ما بيده بإقالة أو فسخ قبل قبضه، ولو خالع على شيء ثم رهنه قبل قبضه ممن خالعه» وضبط ذلك ابن حجر الهيتمي بما ذكره: أن اليد الضامنة لا تنقلب بالرهن أمانة. انظر: تحفة المحتاج ٨٨/٥.

(٢) انظر: الأم ٩٢/٣، المغني ٢٥٧/٤، المحلى ٣٧٨/٦، ٣٧٩، البحر الزخار ١١٣/٥.

(٣) أمَّا إذا كان الهلاك بسبب خفي فلا يصدق المرتهن ويضمن انظر: المنتقى للباجي ٢٤٣/٥، ٢٤٤، مواهب الجليل ٣٦/٦.

(٤) رواه ابن ماجه ٨١٦/٢ (٢٤٤١) مختصرا، والدارقطني ٤٣٧/٣ - ٤٣٩ (٢٩١٩ - ٢٩٢٧)، وابن حبان ٢٥٨/١٣ (٥٩٣٤)، والحاكم ٥٨/٢ - ٦٠ (٢٣١٥ - ٢٣٢١) من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه، وقال الحاكم: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي ورواه مالك في الموطأ ٧٢٨/٢ (١٣) والدارقطني في سننه ٤٣٩/٣ (٢٩٢٦) عن سعيد بن المسيب مرسلا.

(٥) انظر: الأم ٩٢/٣، المغني ٢٥٧/٤، المحلى ٣٧٨/٦، ٣٧٩.

يحتمل أن يكون المراد بقوله ﷺ: «ذهب حقك» أي من الوثيقة، بدليل أنه ﷺ لم يسأل عن قدر الدين وقيمة الفرس. ورابعها: أن المستوفَى صار مِلكًا للمستوفي، وله نماؤه وغنمه؛ فكان عليه ضمانه وغرمه، بخلاف الرهن، والبيع قبل القبض ممنوع فافترقا، وفسد القياس[1].

القول الثاني: يرى أن الرهن في يد المرتهن مضمون بأقل الأمرين من قيمته أو قدر الدين، فلو هلك كل الرهن في يد المرتهن، وهما: أي الرهن والدين سواء، أي متساويان في المقدار صار المرتهن مستوفيًا لدينه حكمًا؛ فلا يطلب المرتهن من الراهن، ولا الراهن من المرتهن شيئًا، وإن كانت قيمته أكثر من الدين فالزائد أمانة[2]، وإن كان الدين أكثر سقط منه قدر القيمة وطولب الراهن بالباقي، على اختلاف لدى أصحاب هذا القول في الوقت المعتبر لتقدير القيمة: هل هو يوم القبض أو يوم الهلاك[3]؟ وهذا هو قول الحنفية[4]، ووافقهم بعض الزيدية[5]، واحتجوا بما روي عن مصعب بن ثابت قال: سمعت عطاء

---

(١) انظر: المغني ٤/٢١٥، المحلى ٦/٣٧٨.

(٢) وقال زفر الزائد مضمون من الحنفية انظر: مجمع الأنهر ٢/٥٨٦.

(٣) انظر: مجمع الأنهر ٢/٥٨٦.

(٤) وتجدر الإشارة إلى أن مذهب الحنفية في هذا الأمر على ما بينته كتب المذهب أن معنى كون المرهون مضمونًا، أي أن الدين يصير مستوفيًا بهلاكه؛ لأن الاستيفاء يقع بمالية الرهن لا بصورته، والأموال كلها فيما يرجع إلى معنى المالية جنس واحد، وقد يسقط اعتبار المجانسة من حيث الصورة ويكتفى بمطلق المالية للحاجة والضرورة، كما في إتلاف ما لا مثل له من جنسه، فعين الرهن في يد المرتهن ليست بمضمونة ضمانًا محضًا، وإنما تشبهه، لأن الضمان حقيقة أو محضًا هو رد المثل الهالك إن كان مثليًّا أو قيمته إن كان قيميًّا، وإنما هي مضمونة بالدين، والدليل على ذلك: أن ما فضل عن مقدار الدين أمانة في يد المرتهن، فالحاصل: أن الرهن أمانة، لكن يد المرتهن يد استيفاء، ويتقرر بالهلاك؛ لأن الاستيفاء يحصل من المالية دون العين، فالاستيفاء بالعين يكون استبدالا، والمرتهن مستوف لا مستبدل؛ لذلك فإن الفضل يكون في يد المرتهن أمانة. انظر: المبسوط ٢١/٦٥، البدائع ٦/١٤٢، الفتاوى الهندية ٥/٤٦٥، غمز عيون البصائر للحموي ٤/٦، ١١٤، درر الحكام للملا خسرو ٢/٢٤٩، ٢٥٠.

(٥) انظر: البحر الزخار ٥/١١٣.

يحدث: أن رجلا رهن رجلا فرسًا فنفق في يده، فقال رسول الله ﷺ للمرتهن: «ذهب حقك»[١]، أي سقط دينك، ففيه دليل على أن العين المرهونة مضمونة بالدين، ولأنها عين مقبوضة للاستيفاء، فيضمنها من قبضها لذلك، أو من قبضها نائبه، كحقيقة المستوفى، ولأنه محبوس بدين، فكان مضمونًا، كالمبيع إذا حبس لاستيفاء ثمنه[٢].

القول الثالث: يرى أن الرهن في يد المرتهن مضمون بجميع الدين، فإن هلك في يده سقط دينه الذي له على الراهن، وهذا مروي عن شريح والنخعي والحسن[٣]، واستدلوا على ذلك بظاهر حديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ قال: قال رسول الله ﷺ: «الرهن بما فيه»[٤]، أي هو ذاهب بما هو مضمون فيه، غير أن ابن قدامة، رحمه الله، ردَّ ذلك الاستدلال ـ إن صح الخبر ـ على أن المراد به: الرهن محبوس به، فهو بيان على أن حق المرتهن في التوثقة يسقط بهلاك العين المرهونة، لا أن يسقط حقه في الدين الذي له على الراهن[٥].

ثانيًا: علمنا أن ما كان من اختصاصات الملك ثابت للراهن بمقتضى حق الملك، وعلى ذلك إذا تصرف المرتهن في العين المرهونة بالبيع دون إذن من المالك، أو من القاضي في حالة الضرورة إذا كان المرهون مما يتسارع إليه الفساد، أو لأجل الاستيفاء عند تعذر الحصول على دينه ممن هو عليه، كان متعديًا ضامنًا تبعات تصرفه[٦].

---

(١) رواه ابن أبي شيبة في المصنف ٤/٥٢٤ (٢٢٧٨٥).

(٢) انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي ٤/١٠٢، العناية للبابرتي ١٠/١٤١.

(٣) انظر: المغني ٤/٢١٥.

(٤) رواه الدارقطني في سننه ٣/٤٣٦ (٢٩١٦)، البيهقي في الكبرى ٦/٦٨ (١١٢٢٤) من حديث أنس رضي الله عنه.

(٥) انظر: المغني ٤/٢١٥.

(٦) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٤٨، حاشية الشلبي ٦/٨٩، الجوهرة النيرة ١/٢٢٩، الأم ٣/١٤٨، التاج المذهب ٣/٢٣٤.

ثالثًا : كما لا يجوز للراهن باعتبار الأصل أن يتصرف في المرهون تصرفًا ناقلا للملك، كذلك لا يجوز له استعماله، أو الاستفادة به بنفسه، أو بأحد من جهته، وإن فعل يصير ضامنًا؛ لأنَّه ليس مالكًا للعين المرهونة ولا مجعولة بيده لينتفع بها، وهذا يشمل كل وجوه الانتفاع في كل مال مرهون، ولا تجعل نفقة المرتهن على المرهون حال امتناع الراهن عن النفقة، أو تعذر ذلك لغيبته سببًا يبيح له الانتفاع بالأشياء المرهونة أو الاستفادة منها، وإنما يرجع بما أنفق على الراهن، حاشا ما استثناه الحنابلة في مشهور المذهب وأهل الظاهر: من جواز انتفاع المرتهن بركوب الدابة المرهونة، وشرب لبنها بقدر ما ينفق عليها، سواء أنفق عليها المرتهن مع تعذر النفقة من الراهن لغيبته، أو امتناعه من الإنفاق، أو مع القدرة على أخذ النفقة من الراهن واستئذانه[١]، واستدلوا على ذلك بظاهر حديث أبي هريرة، رضي الله عنه، قال: قال رسول الله ﷺ: «الرهن يركب بنفقته إذا كان مرهونًا، ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونًا، وعلى الذي يركب ويشرب النفقة»[٢]، فظاهر هذا الحديث ثبوت ذلك الحق للمرتهن بحق النفقة على المرهون[٣].

وهذا الضابط بالاعتبارات المذكورة والخلافات الواردة معمول بمقتضاه لدى الفقهاء، مرعي فيما اعتبروه من أحكام جزئية.

---

(١) ومنع ذلك جمهور الفقهاء، وذهبوا إلى أن الحكم الوارد في الحديث المستدل به للحنابلة وأهل الظاهر حكم كان في الابتداء، ثم انتسخ بنهي النبي ﷺ عن قرض جرَّ منفعة انظر المسألة بالتفصيل في: المبسوط ١٠٨/٢١، الفواكه الدواني ١٦٧/٢، المنتقى ٢٣٩/٥، أسنى المطالب ١٦١/٢، ١٦٢، نهاية المحتاج للرملي٢٦٦/٤، المغني ٢٥١/٤، المحلى٣٦٥/٦، التاج المذهب ٢٣٤/٣، شرائع الإسلام للحلي ٧٠/٢، ٧١، شرح النيل وشفاء العليل ١٥٧/١١.

(٢) رواه البخاري ١٤٣/٣ (٢٥١١)، (٢٥١٢) من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه.

(٣) انظر: شرح معاني الآثار للطحاوي ٩٨/٤، ٩٩.

أدلة الضابط :

١- قوله ﷺ: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه، له غنمه وعليه غرمه»[(١)].

فالحديث يدل على أن المرهون ملك لصاحبه وهو الراهن من وجهين:

الوجه الأول : أن (الغلق) في قوله ﷺ: «لا يغلق الرهن» ضد الفك، وأصله الانسداد والانغلاق، و(يَغْلَق): بفتح حرف المضارعة وغين معجمة ساكنة ولام مفتوحة وقاف، يقال: غلق الرهن: إذا خرج عن ملك الراهن لعجزه عن الوفاء واستولى عليه المرتهن، وكان هذا عادة العرب، فنهاهم النبي ﷺ بقوله: «لا يغلق الرهن» والمراد: أي لا يحتبس المال المرهون عن فك صاحبه، ولا يبطل عن ملكه ولا يصير للمرتهن بدينه، بل للراهن افتكاكه بقضاء دينه، فالحديث ورد لإبطال ما كان عليه الجاهلية من إبطال حق الراهن في ملك العين المرهونة بالشرط، أو العجز عن الوفاء بالدين[(٢)].

الوجه الثاني : أن الإضافة في قوله ﷺ: «الرهن من صاحبه» للملك، فاقتضى ذلك أن يكون صاحب الرهن كما سماه النبي ﷺ هو المالك للمال المرهون رقبة وانتفاعًا، ولا يعدو حكم الرهن في حق المرتهن كونه وثيقة بالدين؛ ليستوفي من ثمنه إن تعذر استيفاؤه من صاحبه[(٣)].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: منح الجليل لعليش ٤٣٤/٥، شرح ميارة ١١٧/١، طلبة الطلبة للنسفي ص ١٤٧، نيل الأوطار للشوكاني ٢٨٠/٥، سبل السلام للصنعاني ٧٣/٢، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٨٧/١١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٤٦/٦.

٢- انعقاد الإجماع على أن ملك الشيء المرتهن باقٍ لراهنه بيقين، حتى يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه الناقلة للملك[١].

٣- أن الملك أقوى من الرهن الذي هو حق الاستيثاق، فإذا لم يبطل حق الاستيثاق به، بدليل أن الراهن يمنع من التصرف في العين المرهونة تصرفًا يضر بالمرتهن؛ لما له من حق الحبس، فلأن لا يبطل به حق الملك أولى[٢].

تطبيقات الضابط :

١ـ غلة الشيء المرهون كثمرة النخل وأجرة الدار ونتاج الحيوان حق للراهن، سواء قلنا هي تابعة لأصلها في حق الحبس أم لا؛ لأنَّ ملك الرهن للراهن[٣].

٢ـ زكاة المال المرهون باعتبارها من حق الملك تلزم الراهن لا المرتهن، بما للراهن من حق الملك على الأشياء المرهونة، والمقرر شرعًا أن ما كان من حقوق الملك فهو على الراهن[٤].

٣ـ لا يمنع الراهن من إصلاح الرهن ودفع الفساد عنه، من سقي لشجر وترميم لدار وصيانة لآلة وغرس لأرض؛ لأنَّ ملك الراهن باقٍ على

---

(١) هذا ما حكاه الشافعي وقال: «لا أعلم عن أحد من أهل العلم خلافًا فيه»، وحكاه أيضًا ابن حزم الظاهري الأم ٣/١٩٠، المحلى ٦/٣٦٦.

(٢) انظر: درر الحكام للملا خسرو ٢/٢٥٥، حاشية الجمل ٣/٢٦٨، كشاف القناع ٣/٣٣٦.

(٣) انظر: أحكام القــرآن للجصاص ١/٧٢٥، شرح الخرشي ٥/٢٤٨، الفواكه الدواني ٢/١٦٧، حاشية العدوي٢/٢٧٣، فتح العلي الملك ٢/١٣٩، المحلى ٦/٣٨٠، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/٢١٠ وفيه: «فوائد الرهن رهن».

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٥١، كشاف القناع ٣/٣٣٢.

المال المرهون، وبمقتضاه يملك التصرف فيه بما لا يبطل حق المرتهن، وهو الاستيثاق[1].

٤- إذا هلك المال المرهون في يد المرتهن بلا تعدٍّ منه ولا تقصير، فإن الهلاك يكون على الراهن بمقتضى ملكيته للرهن، لا على المرتهن؛ لأن يده يد أمانة، ويبقى حق المرتهن ثابتًا في ذمة الراهن كما كان قبل الرهن[2].

٥- لا يصح في عقد الرهن شرط كون منافعه للمرتهن؛ لأنَّ المال المرهون ملك للراهن، فشرط الانتفاع به من قبل المرتهن ينافي مقتضى العقد[3].

٦- مؤنات المرهون سواء كان حيوانًا أو شيئًا فيما يتعلق بطعامه وشرابه وحافظه وأجرة مخزنه ومداواته، وكل ما يلزم من نفقاته على الراهن؛ لأنَّه هو المالك بمقتضى هذا الضابط[4].

٧- ليس للمرتهن أن ينتفع بالمال المرهون كلبس الثوب وسكنى الدار وزراعة الأرض وإجارة الدابة وإعارة الآلات، بلا إذن من صاحبه أو

---

(١) انظر: تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٥/٨٧، كشاف القناع ٣/٣٣٦.

(٢) خلافًا لما ذكره الحنفية، والراجح من مذهب الإباضية: أن الرهن مضمون على المرتهن بما له من دين، وخلافًا لما ذكره المالكية أن المرهون إذا كان سبب هلاكه خفيًّا، فإن ضمانه يكون من المرتهن. انظر: بدائع الصنائع ٦/١٤٢، مجمع الأنهر ٢/٥٨٦، الجوهرة النيرة ١/٢٢٧، المنتقى للباجي ٥/٢٤٣، ٢٤٤، مواهب الجليل ٦/٣٦، الأم ٣/١٥٣، ١٧٠، أسنى المطالب ٢/١٧٠، القواعد لابن رجب ص ٥٨، المحلى ٦/٣٧٩، شرائع الإسلام للحلي ٢/٧١، شرح النيل وشفاء العليل ١١/١٢١.

(٣) انظر: مطالب أولي النهى ٣/٢٧٩، شرح النيل وشفاء العليل ١١/٢٢٠.

(٤) انظر: العناية للبابرتي ١٠/١٥١، مجمع الأنهر ٢/٥٩٠، الجوهرة النيرة ١/٢٣٦، درر الحكام لعلي حيدر ٢/١٧٠، المدونة ٤/١٤٧، شرح الخرشي ٥/٢٥٤، المغني ٤/٢٥٤، كشاف القناع ٣/٣٣٩، مطالب أولي النهى ٣/٢٦٩، التاج المذهب للعنسي ٣/٢٣٤.

وجود رخصة من الشارع، وإلا كان متعديًا؛ لأنَّ حق الراهن على الرهن باقٍ لم يبطل بعقد الرهن[١].

٨ - لا يصح اشتمال عقد الرهن على شرط يمنع الراهن من التصرف في المال المرهون؛ لأنَّ حق الملك له لم يبطل بعقد الرهن، وإنما هو وثيقة بمقتضاها يتمكن المرتهن من استيفاء حقه من المال المرهون أو ثمنه عند تعذر الاستيفاء من الراهن[٢].

٩ - إذا إذن الراهن للمرتهن في بيع المال المرهون، فهو وكيل عنه لا يجوز له أن يتجاوز حدود إذنه، بمقتضى ما للمالك من حق الملك على الشيء المرهون[٣].

١٠- إذا وقعت جناية من الرهن على نفس أو مال وهو في يد المرتهن لزمت الراهن بمنزلة ما إذا وقعت منه الجناية وهو في يده[٤]؛ لأنَّه بعد عقد الرهن مالك للعين كما كان قبله.

أ. د. مبروك عبدالعظيم أحمد

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع ٦/١٤٦، مجمع الأنهر ٢/٥٨٧.

(٢) انظر: كشاف القناع ٣/٣٢١.

(٣) انظر: كشاف القناع ٣/٣٢٥.

(٤) انظر: التاج المذهب ٣/٢٤٢.



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٨٠

نص الضابط: اسْتِمْرارُ قَبْضِ الـمَرْهُونِ يُغْنِي عَنِ اسْتِئْنَافِهِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- يقوم دوام اليد على المرهون مقام ابتدائها[٢].

٢- دوام اليد كابتداء القبض في الرهن[٣].

٣- إذا وجد الرهن بيد المرتهن فهو حوز له[٤].

٤- يسقط القبض برهن المدين رب الدين ماله في يده عن غير جهة الرهن[٥].

صيغ ذات علاقة :

١- عقد الرهن مع صاحب اليد يتضمن الإذن في القبض[٦]. (أخص).

---

(١) انظر: مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد ص ٣٣٩، المادة ٩٩٩.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٢٥٥/٤، حاشية الرملي على أسنى المطالب ١٥٥/٢، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٦٩/٥.

(٣) نهاية المطلب للجويني ٩٠/٦.

(٤) حاشية المعداني على شرح ميارة ١١٠/١.

(٥) نهاية المحتاج ٢٥٥/٤، حاشية الشرواني على تحفة المحتاج ٦٩/٥، حاشية الجمل على شرح المنهج ٢٧٨/٣.

(٦) نهاية المحتاج ٢٥٥/٤.

٢- قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء إذا اشتراه المرتهن[١]. (تكامل).

٣- إذا ورد عقد البيع على ما في يد المشتري انضم ملكه إلى دوام يده وتم الأمر[٢]. (تكامل).

٤- كل قبض هو قبض ضمان أو قبض أمانة ينوب عن قبض الهبة[٣]. (تكامل).

٥- عقد الهبة إذا صادف اليد من المتهب، كان متضمنًا إذنًا بالقبض[٤]. (تكامل).

شرح الضابط :

ذهب جمهور الفقهاء، من الحنفية والشافعية والمالكية والحنابلة، إلى أنَّ المدين إذا كان له مال بيد رب الدَّين، فجعله رهنًا بدينه، فإنَّ القبض السابق لعقد الرهن ينوب مناب القبض المستحَق به، ويقوم مقامه، دون حاجة إلى تجديد القبض، سواء كانت يد رب الدَّين عليه يد ضمان، كالغاصب والقابض على سوم الشراء أو يد أمانة كالمودع والمستأجر والوكيل وعامل المساقاة ونحوهم؛ نظرًا لأنَّ استدامة القبض قبض حقيقة، لوجود الحيازة مع التمكن من المقبوض، فقد وجد القبض المستحَق بالرهن، ولا دليل على لزوم استئنافه بعد العقد[٥].

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٦٥، رد المحتار لابن عابدين ٥/٣٠٩، الهداية للمرغيناني مع فتح القدير لابن الهمام ٩/٧٢.

(٢) نهاية المطلب ٦/٩٣.

(٣) أنفع الوسائل إلى تحرير المسائل للطرسوسي ص ٢٥٣.

(٤) نهاية المطلب ٦/٩٠.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٥/٢٤٨، ٦/١٤٢، تبيين الحقائق للزيلعي ٦/٦٥، شرح ميارة وحاشيــة المعداني عليه ١/١١٠، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣/٣٠٩، المغني لابن قدامة ٦/٤٥٢.

غير أن الشافعية اشترطوا لصحة ذلك أمرين:

أحدهما: إذن الراهن بالقبض عقبه؛ لأنَّ اليد كانت عن غير جهة الرهن، ولم يقع تعرُّض للقبض عنه.

والثاني: مضيٍّ زمن يتأتَّى فيه القبض؛ لأنَّه لو لم يكن في يده، لكان اللزوم متوقفًا على وجود هذا الزمان وعلى القبض، ولكن سقط القبض؛ إقامة لدوام اليد مقام ابتدائها، فبقي اعتبار الزمن قالوا: وابتداء زمن إمكان القبض يعتبر من وقت الإذن فيه، لا العقد(١).

أدلة الضابط:

١- احتجَّ الحنابلة عليه بأنَّ الأصل قيام دوام اليد على الشيء مقام ابتداء الحوز؛ لأنَّ اليد ثابتة عليه، والقبض حاصل، وذلك يغني عن استئنافه وتجديده، وعلى ذلك فإذا ارتهن رب الدِّين عينًا مالية بيده للمدين ـ سواء كانت على جهة الأمانة أم الضمان ـ صح الرهن ولزم بمجرد العقد، دون احتياج إلى أمر زائد على ذلك، كمضيٍّ زمن يتأتى فيه القبض؛ لأنَّ استمرار القبض قبض، كما أنه لا داعي إلى إذن الراهن في القبض؛ لأنَّ إقراره له في يده بمنزلة إذنه في إمساكه رهنًا، فالقبض قائم متحقق، وإنما تغيِّر الحكم، وتغيُّره ممكن مع استدامة القبض، كما لو جحد المودع الوديعة، فإنها تصير مضمونة، ولو عاد فأقر بها، فإنها تعود أمانة بإبقاء ربها لها عنده(٢).

٢- وقال الحنفية: «الأصل أنَّ القبض الموجود وقت العقد إذا كان مثل المستحق بالعقد، ينوب منابه، وإن لم يكن مثله، فإنْ كان أقوى من

(١) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/١٢٨، نهاية المطلب ٦/٩٠، نهاية المحتاج ٤/٢٥٥.

(٢) انظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي ٣/٣٠٩، المغني لابن قدامة ٦/٤٥٢، الإنصاف للمرداوي١٢/٣٩٨-٤٠٤.

المستحَق ناب عنه، وإنْ كان دونه لا ينوب؛ لأنَّه إذا كان مثله، أمكن تحقيق التناوب؛ لأنَّ المتماثلين ينوب كلّ واحد منهما مناب صاحبه، ويسدّ مسدّه وإنْ كان أقوى منه، يوجد فيه المستحَق وزيادة، وإنْ كان دونه لا يوجد فيه إلا بعض المستحَق، فلا ينوب عن كله»[١]، ولما كانت عين الرهن أمانة في يد المرتهن، كما هو مقرر في المذهب[٢] ـ قال الكاساني: «لأنَّ الرهن أمانة في الحقيقة، فكان قبضه قبض أمانة، وإنما يسقط الدين بهلاكه لمعنى آخر، لا لكونه مضمونًا على ما عرف»[٣] ـ فإنَّ القبض السابق للرهن إذا كان قبض أمانة، كان القبضان متجانسين، وإذا تجانسا ناب أحدهما عن الآخر، وإذا كان قبض ضمان، كان القبض السابق أقوى من القبض المستحق بعقد الرهن، والأعلى ينوب عن الأدنى؛ لوجود القبض المحتاج إليه فيه[٤]؛ وبناء عليه فإن استمرار قبض المرهون يغني من استئنافه على كل حال؛ لأنَّ القبض إما أن يكون أمامه مثله أو أقوى منه.

تطبيقات الضابط:

١- يجوز أن يرتهن الرجل ما في يده بإجارة أو مساقاة، ويكون ذلك حيازة للمرتهن[٥].

٢- قال المالكية: إذا استأجر شخص دارًا من ربها شهرًا مثلا، جاز لربها

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٤٨، الفتاوى الهندية ٣/٢٢، ٢٣، ٥/٤٣٣، شرح المجلة للأتاسي ٢/١٩٣.

(٢) انظر: ردّ المحتار ٥/٣٠٩، تبيين الحقائق ٦/٦٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٥/٢٤٨.

(٤) انظر: التحرير في شرح الجامع الكبير للحصيري، نقلا عن الفتاوى الطرسوسية ص ٢٥٣، بدائع الصنائع ٦/١٤٢، الفتاوى الهندية ٣/٢٣، ٥/٤٣٣.

(٥) انظر: شرح ميارة على التحفة ١/١١١.

إذا تداين من المستأجِرِ دَينًا أن يرهنه تلك الدار قبل انقضاء مدة الإجارة، وينوب قبضها السابق على وجه الإجارة مناب القبض المستحق بالرهن(١).

٣- نص المالكية على أنَّ عامل المساقاة إذا تداين منه رب الحائط دينًا، جاز له أن يرهنه ذلك الحائط بدينه في مدة المساقاة، ويقوم دوام يده على الحائط مقام ابتداء القبض في عقد الرهن(٢).

٤- إذا رهن المدين رب الدين ماله بيده أمانة أو مضمونًا لزم الرهن بمجرد العقد؛ لأنَّ القبض حاصل(٣).

٥- نص الحنابلة على أنَّ المدين إذا رهن رب الدين مالا له بيده، عارية أو وديعة أو غصبًا أو مقبوضًا على سوم الشراء أو غير ذلك، صح الرهن ولزم بمجرد العقد، دون احتياج إلى أمر زائد على ذلك(٤)؛ وبناء على ذلك جاء في (مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد): «لو كان للمدين بيد رب الدَّين مال، أمانة أو مضمونًا، فتعاقدا بجعله رهنًا في الدَّين، صح، ولزم بمجرد العقد لوجود القبض»(٥).

٦- إذا أودع العميل لدى المصرف الإسلامي ما يملك من سبائك ذهبية لحفظها، ثم اشترى من المصرف بالنسيئة عينًا أو سلعًا على أن تكون تلك السبائك رهنًا بدين المصرف، فيصح الرهن، ويلزم بمجرد العقد من غير حاجة إلى تجديد قبضها.

---

(١) انظر: الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٣/٣٠٩، منح الجليل لعليش ٣/٨٨، الكافي لابن عبد البر ص ٤١١.

(٢) انظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٣/٣٠٩.

(٣) انظر: المغني ٦/٤٥٢، الإنصاف ١٢/٣٩٨، ٣٩٩.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات ٢/٢٣٣، مطالب أولي النهى للرحيباني ٣/٢٦١.

(٥) مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد (المادة/٩٩٩) ص ٣٣٩.

٧- إذا أودع العميل لدى المصرف الإسلامي سندات إجارة يملكها؛ ليقوم بحفظها وخدمة شؤونها بالنيابة عنه، ثم تداين من المصرف مبلغًا من المال إلى أجل مسمى على أن تكون تلك السندات رهنًا بما عليه من دين للمصرف، فيصح الرهن، ويلزم بمجرد العقد؛ لنيابة القبض السابق لتلك السندات مناب قبضها على وجه الرهن.

٨- إذا أودع العميل لدى المصرف الإسلامي وثائق (صكوك) أسهم الشركات التي يملكها؛ ليقوم بحفظها وخدمة شؤونها لصالح العميل، ثم اشترى من المصرف عينًا أو سلعًا بالنسيئة مرابحة، وجعل تلك الأسهم رهنًا بدين المصرف، فيصح عقد الرهن ويلزم بنفس العقد، دون احتياج إلى استئناف قبض المصرف لوثائق تلك الأسهم؛ لأنَّ يده ثابتة عليها، والقبض حاصل، واستمرار القبض يقوم مقام ابتدائه وينوب عنه.

أ.د. نزيه حماد

* * *

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٨١

نص الضابط: كُلُّ تَصَرُّفٍ يَمْنَعُ ابْتِدَاءَ الرَّهْنِ لَوْ طَرَأَ قَبْلَ الْقَبْضِ فَسَخَهُ، وَمَا لا فَلا[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- كل تصرف يمنع الرهن ابتداء إذا طرأ قبل القبض أبطله، وما لا فلا[٢].

٢- كل تصرف يمنع ابتداء الرهن، فطريانه قبل القبض يبطل الرهن، وما لا فلا[٣].

٣- كل تصرف يمنع الرهن ابتداءً فإنه يمتنع معه دوامًا[٤].

صيغ ذات علاقة :

١- لا يغلق الرهن، لصاحبه غنمه، وعليه غرمه[٥]. (أعم).

---

(١) الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٣/٨٣.

(٢) حاشية القليوبي على شرح المحلي على المنهاج ٢/٣٣٥.

(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٤/٢٥٧.

(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/١٠٩.

(٥) سنن ابن ماجه ٢/٨١٦ رقم ٢٤٤١، صحيح ابن حبان ١٣/٢٥٨ رقم ٥٩٣٤، سنن الدار قطني ٣/٣٢ رقم ١٢٥.

٢- ما لا يمنع ابتداء الرهن لا يقطع استدامته[١]. (تكامل).

٣- لا يلزم الرهن إلا بالقبض[٢]. (معللة).

شرح الضابط :

هذا الضابط بيان لأثر الطوارئ التي تطرأ على الرهن في مرحلة ما بعد العقد وقبل القبض، وما يبطل من ذلك عقد الرهن وما لا يبطله.

ومفاده: أن كل تصرف من شأنه أن يمنع من إنشاء عقد الرهن، إذا طرأ بعد إنشاء الرهن وقبل أن يحوز المرتهن العين المرهونة حيازة صحيحة - فإنه يؤثر على عقد الرهن بالبطلان، ويفيد بمفهومه: أن كل تصرف ليس من شأنه أن يمنع من ابتداء الرهن، فهو كذلك أيضًا لا يمنع من استمراره إن طرأ في أي مرحلة بعد انعقاد العقد.

وهذا الضابط مقرر لدى جمهور الفقهاء، من الشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، ووافقهم الإمامية والإباضية في قول[٥]. ومذهب الظاهرية والزيدية قريب من هذا[٦]،

---

(١) المغني لابن قدامة ٤/٢١٧.

(٢) تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٥/٥٩، الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٣/٧٥، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢/٣٢٧، المغني لابن قدامة ٤/٢١٦، الإنصاف للمرداوي ٥/١٤٩، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) استثنى الشافعية من ذلك عدة أمور منها: هروب المرهون وجنايته وتخمير العصير، فإن كلًّا منهما يمنع ابتداء الرهن لكن لو طرأ ولو قبل القبض لا يفسخه اغتفارًا لما يقع في الدوام، والرهن والهبة والبيع بشرط الخيار لغير المشتري تصرفات لا تمنع ابتداء الرهن، لكن إذا طرأت عليه أبطلته على الراجح في المذهب انظر: الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٣/٨٣.

(٤) انظر: أسنى المطالب ٢/١٥٦- ١٥٧، شرح المحلي على المنهاج ٢/٣٣٥، كشاف القناع للبهوتي ٣/٣٣١، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢/٢٠٩.

(٥) انظر: شرائع الإسلام للحلي ٢/٧٢- ٧٣، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٨/٢٣٣.

(٦) انظر: المحلى ٦/٣٧١، البحر الزخار لابن المرتضى ٥/١١٨.

وذهب فقهاء الحنفية[١] والمالكية[٢] إلى أن تصرف المالك بما يزيل ملكه عن المرهون بالبيع يقع صحيحًا، ولا يبطل عقد الرهن به، ووافقهم الإباضية[٣]، على اختلاف بينهم في التفاصيل محلٌّ بسطه كتب الفروع.

أدلة الضابط:

١- أن الرهن بتصرف الراهن في العين المرهونة قبل قبضها من جهة المرتهن زال بزوال ملك الراهن، وهو محل الرهن[٤]، والعقد يزول بزوال محله[٥].

٢- أن الرهن إنما يلزم بالإقباض، فيقاس على كافة العقود التي مبناها على القبض، في كونها تزول بزوال محلها قبل القبض، كالإجارة والهبة والعارية والوكالة ونحوها[٦].

---

(١) خلاصة مذهب الحنفية: أن تصرف الراهن في المرهون موقوف على إذن المرتهن أو قضاء دينه، فإن أجازه انتقل حقه إلى بدله في البيع على الصحيح؛ لتعلق حقه بالمالية، وحكم البدل حكم المبدل، وإن لم يجزه لم يجز، وله حق التقاضي في حماية حقه في الاستيثاق، وقيل: ينفذ البيع، لأنه تصرف من مالك في ملكه انظر: الهداية للمرغيناني ١٧٩/١٠ مطبوع مع فتح القدير، تبيين الحقائق ٨٤/٦.

(٢) خلاصة مذهب المالكية: أن الراهن لا يجوز له بيع المرهون ابتداء، ولو باعه مضى بيعه قبل أن يقبضه المرتهن منه، هذا إن فرط مرتهنه في طلبه حتى باعه راهنه، ويبقى دينه بلا رهن لتفريطه وإن لم يفرط المرتهن في طلبه، بل جدَّ في طلبه من الراهن، فباعه قبل قبضه، وهنا انظر: إذا لم يفت المرهون بيد مشتريه، ففيه ثلاثة أقوال في المذهب: الأول: يمضي بيعه ويكون ثمنه رهنا في الدين؛ لأن الرهن فات عند مشتريه، وهو قول ابن أبي زيد والثاني: لا يمضي البيع، بل يرد، ويكون رهنًا في الدين، وهو قول أبي الحسن بن القصار والثالث: ليس للمرتهن رد بيع الرهن، وإنما له فسخ بيع سلعته ؛ لأنه لما باعها على رهن بعينه، فلما فوته ببيعه كان أحق بسلعته إن كانت قائمة، أو قيمتها إن فاتت، وهذا كله إن دفع الراهن السلعة للمشتري، وإلا فهو أحق بسلعته، سواء فرَّط في الرهن أو لم يفرط، وهذا قول ابن رشد إذا فات بيد مشتريه، كان ثمنه رهنًا، وأما إن باعه بعد قبضه المرتهن، مضى بيعه. أيضًا انظر: بلغة السالك للصاوي ٣٢٨/٣- ٣٢٩.

(٣) انظر: شرح النيل ٢٣٣/٨.

(٤) انظر: الغرر البهية ٨٣/٣.

(٥) المغني ١٧/٤.

(٦) انظر: الأم للشافعي ١٤٢/٣، حاشية الجمل ٢٨٠/٣، المغني ٢١٦/٤.

تطبيقات الضابط :

١- إذا قام الراهن ببيع الشيء المرهون قبل قبض الرهن بطل الرهن؛ لأنَّ هذا التصرف يمنع الرهن ابتداء، فلما طرأ بعد الرهن أبطله(١).

٢- لو قام الراهن بإجارة الشيء المرهون، بطل الرهن(٢)؛ لأنَّ هذا التصرف يمنع الرهن ابتداء، فلما طرأ بعد الرهن أبطله.

٣- لو جعل الراهن الشيء المرهون عوضًا في أجرة، أو جعلا في جعالة، بطل الرهن؛ لأنَّ هذا التصرف يمنع الرهن ابتداء، فلما طرأ بعد الرهن أبطله(٣).

٤- لو وهب الراهن الشيء المرهون قبل قبضه، بطل الرهن؛ لأنَّ هذا التصرف يمنع الرهن ابتداء، فلما طرأ بعد الرهن أبطله(٤).

٥- لو رهن الراهن الشيء المرهون رهنًا ثانيًا، بطل الرهن الأول؛ لأنَّ هذا التصرف يمنع الرهن ابتداء، فلما طرأ بعد الرهن أبطله(٥).

٦- لو وقف الراهن الشيء المرهون، بطل الرهن(٦)؛ لأنَّ هذا التصرف يمنع الرهن ابتداء، فلما طرأ بعد الرهن أبطله.

٧- لو جعل الراهن الشيء المرهون عوضًا في صداق المرأة التي يريد أن يتزوجها، أو عوضًا في الخلع، قبل قبض المرهون، بطل الرهن؛

---

(١) انظر: أسنى المطالب ٢/١٥٦- ١٥٧، المغني ٤/٢٣٦- ٢٣٧.
(٢) انظر: المغني ٤/٢٣٦- ٢٣٧.
(٣) انظر: كشاف القناع ٣/٣٣١.
(٤) انظر: أسنى المطالب ٢/١٥٦- ١٥٧، المغني ٤/٢٣٦- ٢٣٧، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٠٩.
(٥) انظر: أسنى المطالب ٢/١٥٦- ١٥٧، المغني ٤/٢٣٦- ٢٣٧، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٠٩.
(٦) انظر: المغني ٤/٢٣٦- ٢٣٧، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٠٩.

لأنَّ هذا التصرف يمنع الرهن ابتداء، فلما طرأ بعد الرهن أبطله[١].

٨- لا يبطل الرهن بالحقوق التي تثبت في ذمة الراهن بسبب الجنايات أو الإتلافات، كالديات والغرامات[٢]؛ لأنَّها لا تمنع من ابتداء الرهن فلا تمنع من استمراره.

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: أسنى المطالب ٢/١٥٦- ١٥٧، شرح منتهى الإرادات ٢/٢٠٩، كشاف القناع ٣/٣٣١.

(٢) انظر: الأم ٣/١٨٣.



ضوابط باب الكفالة



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٨٢

نص الضابط: الكَفَالَةُ عَقْدٌ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّوَسُّعِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- مبنى الكفالة على التوسعة[٢].

٢- الكفالة عقد تبرع مبني على المسامحة[٣].

٣- مبنى الكفالة على المساهلة[٤].

---

(١) المبسوط للسرخسي ٦/١٩١، ١٧/١٩٩، ١٩/١٧٢، ١٧٧، ٢٠/٥٠، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٥٢-١٥٣، الهداية للمرغيناني ٥/٢٠، البناية على الهداية للعيني ٦/٧٣٣، العناية شرح الهداية للبابرتي ٧/١٧٢، ١٨١، الهداية شرح بداية المبتدي للمرغيناني ٣/٩٠ مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، الذخيرة البرهانية لابن مازة ٨/١١٥، البحر الرائق لابن نجيم ٦/٢٣٥، الاختيار للموصلي ٢/١٦٩، حاشية الطحطاوي على الدر المختار ٣/٣١، رد المحتار لابن عابدين ٥/٢٥١، اللباب للميداني ١/١٤٦، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٧٥٣، مرآة المجلة لمسعود أفندي ص٢٠٤، كشف الحقائق لعبد الحكيم الأفغاني٢/٥١، المجموع للنووي ٩/١٧٧، كشاف القناع للبهوتي ٣/٢٠٣.

(٢) الهداية ٥/٢٠، العناية شرح الهداية ٧/١٨١، الجوهرة النيرة للعبادي١/٣١٢، مجمع الضمانات لابن غانم ٢٦٧، وقد يعبرون عنها بعبارة: (ابتناء الكفالة على التوسع)، حاشية الطحطاوي على الدر المختار ٣/١٥٠.

(٣) فتح القدير لابن الهمام ٦/٤٥٣، وقد يعبر عنها بعبارة: (مبنى الكفالة على المسامحة)، بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٧٩.

(٤) تبيين الحقائق ٤/٥٩-٦٠.

صيغ ذات علاقة :

١- الكفالة من عقود التبرعات باعتبار أصل الوضع[١]. (أصل).

٢- مبنى التبرع على المساهلة[٢]. (أصل).

٣- الكفالة مبنية على المصلحة والحاجة فتتبع فيها الحاجة[٣]. (أصل).

٤- الأصل صحة تعليق الكفالة والإبراء عنها بالشرط الملائم دون غيره[٤]. (فرع).

٥- كل جهالة يسيرة متحمَّلة في الكفالة[٥]. (فرع).

شرح الضابط :

(الكفالة) لغة : الضمان، والكافل والكفيل الضامن[٦]، وشرعًا: القدْرُ المشترك للكفالة بين الفقهاء هو ضم ذمة إلى أخرى في حق المطالبة على وجه

---

(١) المبسوط ٢٧/٢٦، الفروق للكرابيسي ٢٤٧/٢، بدائع الصنائع ٦/٥-٦، العناية شرح الهداية ١٨١/٧، وبمعناها: (الكفالة معروف)، المدونة لسحنون ١٠٢/٤، ١١٧، ١٢٢، ١٢٣، المنتقى للباجي ٨٣/٦، التاج والإكليل للمواق ٦٦٥/٦، ٣٢/٧، القواعد لابن رجب ص ٢٣٣.

(٢) تبيين الحقائق ٥٩/٤-٦٠، وانظر قاعدة: «يغتفر في التبرعات ما لا يغتفر في المعاوضات» في قسم القواعد الفقهية.

(٣) العزيز شرح الوجيز للرافعي ٣٨١/١٠، وعبروا عنها بعبارة: (الكفالة مبنية على الحاجة)، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢١٢/٣، وانظر أيضًا: شرح المجلة للمحاسني ١١/٢.

(٤) العناية شرح الهداية ١٨٤/٧، تبيين الحقائق ٣٧/٥، درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٢٩٩/٢، وانظر ضابط: «الأصل صحة تعليق الكفالة بالشرط الملائم دون غيره» في قسم الضوابط الفقهية.

(٥) فتح القدير ٤٥٣/٦، وانظر أيضًا: المبسوط ١٧٢/١٩.

(٦) انظر: مادة: (كفل) في معاجم اللغة، ومنها: المحكم والمحيط الأعظم ٣٨/٧، المخصص لابن سِيدَهْ ٤٤٢/٣، الصحاح للجوهري ١٨١١/٥، لسان العرب لابن منظور ٥٨٨/١١، الفروق في اللغة لأبي هلال العسكري ص٢٠١ (ط دار الآفاق الجديدة).

التوثيق[١]، والمراد بـ(التوسع): التخفيف في الحكم والتيسير، بحيث يجوز في المتوسع فيه ما لا يجوز في غيره، مما لم يأخذ صفته، ولم يتفق معه في تكييفه وحقيقته.

ومعنى الضابط: أنه لما كانت الكفالة عقدًا من عقود التبرعات، استفادت أحكام عقود التبرعات، وعقود التبرعات تتحمل من الأحكام ما لا يتحمله غيرها من عقود المعاوضات المحضة، فكذلك تتحمل الكفالة ما لا يتحمله غيرها من المعاوضات المحضة، فيجري التسامح في كثير من شرائطها، كما يظهر ذلك من تطبيقاتها.

أدلة الضابط:

١- الكفالة عقد من عقود التبرعات، ويجوز في التبرعات من التوسع والمسامحة في الأحكام ما لا يجوز في غيرها؛ فجاز في التبرعات التعليق على الشرط، كما جاز فيها من الجهالة ما لا يجوز في المعاوضات، كذلك استفادت الكفالة من جنسها - الذي هو التبرعات - هذه الأحكام؛ فتُوُسِّع فيها ما لا يُتوسَّع في غيرها مما لا يندرج تحت التبرعات، كالبيع[٢].

٢- الكفالة شرعت للحاجة، فإنها من عقود التوثيقات[٣]، وقد لا يتيسر

(١) المبسوط ٢٠٥/١٢، ١٦٠/١٩-١٦١، بدائع الصنائع ١٧٢/٥، العناية شرح الهداية ٣٤٦/٧، البحر الرائق ١٧٣/٧، الفتاوى الهندية ٣٢٩/٦، غمز عيون البصائر للحموي ٢٥٩/١، درر الحكام في شـــرح مجلة الأحكام ٧٢٣/١، المُغْرِب للمُطَرِّزِيِّ ص٤١٣، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١٤٣/٢، قليوبي وعميرة ٣٢٤/٢، وانظر: البحر الزخار لابن المرتضى ٧٥/٦.

(٢) انظر: المبسوط ٢٧/٢٦، بدائع الصنائع ٥/٦-٦، المدونة ١٠٢/٤، ١١٧، ١٢٢، ١٢٣، التاج والإكليل للمواق ٦٦٥/٦، ٣٢/٧، القواعد لابن رجب ص ٢٣٣.

(٣) انظر: في كـون الكفالة شرعت للحاجة وأن غرضها التوثيق في: المبسوط ٢٠٥/١٢، ١٦٠/١٩، ٣/٢٠، طَلِبَة الطَّلَبَة للنسفـي ص٢٤٠، مادة: (ك ف ل)، بدائع الصنائع ١٧١/٥، ١٧٢، ٢٠٣،=

من التوثيقات غيرها، فتتعين الكفالة حينئذ، فيحتاج الدائن إلى من يضمن له دينه لدى المدين؛ فشرعت الكفالة لذلك، وما شرع للحاجة، فالأصل أن يتوسع فيه ما لا يتوسع في غيره؛ ليكون فيه الغَناء عن الحاجة التي شرع لسدها، من أجل ذلك تُسُومِح في الكفالة ما لم يُتسامَح في غيرها.

تطبيقات الضابط :

١- من مظاهر بناء أحكام الكفالة المالية على التوسع في الفقه الإسلامي جواز الكفالة سواء أكان المكفول به معلومًا أم مجهولا، إذا كان دَينًا صحيحًا، مثل أن يقول: تكفلت عنه بألف، أو بما لك عليه، أو بما يدركك في هذا البيع؛ لأنَّ مبنى الكفالة على التوسع، فتحتمل من الجهالة ما لا يحتمله غيرها، وعلى الكفالة بالدرك إجماع وكفى به حجة[١].

٢- تجوز الكفالة مضافة إلى المستقبل، كأن تضاف إلى قدوم الحاج، وإلى الحصاد، وإلى القطاف والدياس والجزاز[٢]، مع أنها تتقدم وتتأخر؛ لأنَّ الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة، وهذه الجهالة

= ٦/٨-٩، ١٤٥، المغني لابن قدامة ٣١٨/٨، تبيين الحقائق ١٤٧/٤، ٦٣/٦، الهداية ١٤/٥، العناية شرح الهداية٦/٤٥٣-٤٥٤، ١٦٤/٧، درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو٢/٢٩٥، البحر الرائق ١٧٣/٧، أسنى المطالب ٢٤١/٢، حاشيتي قليوبي وعميرة ٤٠٨/٢-٤٠٩، مغني المحتاج ٢١٣/٣، غمز عيون البصائر ٢٧٨/٢، ٣٠٣، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٨٠١/١-٨٠٢، وانظر أيضًا: البحر الزخار ٧٠/٦-٧١.

(١) انظر: فتح القدير ١٨١/٧.

(٢) الحصاد وقت جمع الزرع بأنواعه، والقطاف: خاص بجمع العنب، والدِّياس: هو دَوْسُ الحَبِّ بالقدم لينقشر، والجزاز: وقت جزِّ صوف الغنم، والوصف الجامع لهذه المواقيت أنها تتغير ولا تستقر على تاريخ واحد ثابت من العام.

اليسيرة قريب تداركها وإزالة جهالتها، ودليل هذا الحكم: أن الجهالة يسيرة متحملة في الكفالة؛ لأنَّها عقد تبرع مبنيٌّ على المسامحة[١].

٣ـ لا تصح الكفالة بالدين غير الصحيح إلا بدين النفقة المقدرة للزوجة بالتراضي أو بأمر القاضي[٢]، وعللوا هذا الاستثناء بأنه استحسان للحاجة[٣]، ويتوسع في مقام الحاجة ما لا يتوسع في غيره؛ فإن الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في غير الممنوع لذاته.

٤ـ تصح الكفالة مع جهالة المال؛ لانبنائها على التوسع، فإذا قال الرجل للرجل: (بايع فلانًا، فما بايعتَه به من شيء فهو عليّ)، فهو جائز على ما قال؛ لأنَّه أضاف الكفالة إلى سبب وجوب المال على الأصيل، وذلك صحيح، والجهالة في المكفول به لا تمنع صحة الكفالة[٤].

مصطفى حسنين عبد الهادي

* * *

---

(١) انظر: فتح القدير ٦/٤٥٣، وقال الفقهاء: إنما صحت الكفالة مع جهالة المال؛ لابتنائها على التوسع، فإنها تبرع ابتداء، فيتحمل فيها جهالة المال المتعارفة. وانظر أيضًا: الهداية في شرح بداية المبتدي لأبي الحسن علي المرغيناني ٣/٩٠، مصر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، بدائع الصنائع ٦/٨، تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/٤٠٠، تبيين الحقائق ٤/١٥٢ وما بعدها، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ٢/١٣٠، رد المحتار ٤/٢٦٣ وما بعدها، وقد نصت المادة: (٨٥٢) من مرشد الحيران لمحمد قدري باشا على أنه (تصح الكفالة بالمال، سواء أكان معلوما أو مجهولا، وإنما تصح بالدين الصحيح الثابت في الذمة، وهو ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء).

(٢) انظر: المادة: (٨٥٢) من مرشد الحيران لمحمد قدري باشا.

(٣) انظر: المادة: (٦٣١) من مجلة الأحكام العدلية، شرح المجلة للأتاسي ٣/٢٤ وما بعدها.

(٤) انظر: المبسوط ٢٠/٥٠.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٨٣

نص الضابط: كُلُّ دَيْنٍ صَحِيحٍ تَصِحُّ المُطَالَبَةُ بِهِ تَصِحُّ الكَفَالَةُ بِهِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- لا تصح الكفالة إلا بدين صحيح[٢].

٢- الكفالة تستدعي دَينًا صحيحًا[٣].

٣- الكفالة إنما تصح بالدين الصحيح[٤].

(١) العناية للبابرتي شرح الهداية ٧/١٨٠، وانظر الضابط بتفصيله في: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٤٥، غمز عيون البصائر للحموي ٢/٣٠٣، ترتيب اللآلي في سلك الأمالي لناظر زاده ٢/٩٦٧، وانظر في كتب الفروع: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٩، مجلة الأحكام العدلية ص ١١٨، المادة: ٦٣١ وشروحها، ومنها: تحرير المجلة لآل كاشف الغطاء ص١٩٦، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٢٠٠، الكافي لابن قدامة ٢/٢٢٩-٢٣٠، مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ص ٣٦٧.

(٢) غمز عيون البصائر ٢/٣٠٢-٣٠٣، وانظر أيضًا: البحر الرائق لابن نجيم ٤/٢٠٦، مجمع الضمانات لابن غانم ص٢٦٩، رد المحتار لابن عابدين ٣/٦٧٧.

(٣) المبسوط للسرخسي ٣٠/١٥٩.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٦٨، فتح القدير لابن الهمام ٥/٥، وعبروا عنها بصيغة النفي والإثبات، فقالوا: «الكفالة لا تصح إلا بدين الصحيح»، البحر الرائق ٤/٢٠٦، غمز عيون البصائر ٢/٣٠٣، رد المحتار ٣/٥٨٣، ٦٧٧، ٥/٣٠١، تقريرات البحراوي ١/٢٣٦/ب.

٤- صحة الكفالة لا تنفك عن الدين الصحيح[(١)].

٥- الكفالة شرطها أن تكون بدين صحيح[(٢)].

٦- الكفالة بالمال جائزة إذا كان دَينًا صحيحًا[(٣)].

صيغ ذات علاقة :

١- كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل[(٤)]. (أصل).

٢- الكفالة مبنية على المصلحة والحاجة؛ فتتبع فيها الحاجة[(٥)]. (تكامل).

٣- لا تصح الكفالة بدين يسقط بالموت[(٦)] .(قيد).

٤- الكفالة بالأمانات لا تصح[(٧)]. (فرع لمفهوم الضابط).

---

(١) ترتيب اللآلي في سلك الأمالي ٢/٩١٠، وبمعناها قولهم: «صحة الكفالة تقتضي دينا مطالبًا به مطلقًا»، العناية شرح الهداية ٧/١٨٠.

(٢) تبيين الحقائق ٤/١٥٣، فتح القدير ٧/١٦٣، البحر الرائق ٦/٢٢٤، الفتاوى الهندية ٣/٢٥٥، وقد يعبرون عن معناها بصيغة النفي، فيقولون: «لا تجوز الكفالة بدين غير صحيح»، مجمع الأنهر ٢/١٣٦، رد المحتار: ٣/٥٨٣، ٦٧٧، الفتاوى الخيرية لخير الدين الرملي ٢/١٢٦.

(٣) الهداية ٥/٢٠، العناية شرح الهداية ٧/١٨١، الجوهرة النيرة للعبادي ١/٣١٢، فتح القدير ٧/١٨١، درر الحكام شرح غرر الأحكام٢/٢٩٨، مجمع الضمانات ص٢٦٩، كشف الحقائق للأفغاني ٢/٥١.

(٤) قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام ٢/١٤٣، الأشباه والنظائر لابن السبكي ١/٢٥٩، الأشباه للسيوطي ص ٢٨٥، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «كل تصرف لا يحصل مقصوده فإنه لا يشرع ويبطل إن وقع».

(٥) العزيز شرح الوجيز للرافعي١٠/٣٨١، وعبروا عنها بعبارة: «الكفالة مبنية على الحاجة»، مغني المحتاج ٣/٢١٢، وانظر أيضًا: شرح المجلة للمحاسني ٢/١١.

(٦) انظر: ترتيب اللآلي ٢/٩٦٨، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٣١٧، أحكام المعاملات المالية لمحمد زكي عبد البر ٢/١٥٤.

(٧) المبسوط ١٥/١٦٩، ٢٣/١٢٧، تبيين الحقائق ٤/١٤٧، العناية شرح الهداية ٧/١٩٨، درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢/٣٠١، رد المحتار ١/٢٢٧، كشاف القناع للبهوتي ٣/٣٧٦، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «الكفالة بالأمانات باطلة».

٥- الكفالة بمضمون بما تجري النيابة في إيفائه صحيحة، وبما لا تجري النيابة في إيفائه باطلة[١]. (قيد).

شرح الضابط

(الدَّين) لغة: يقال: دَانَ الرجل يَدِينُ دَيْنًا، من المداينة، وهي المعاملة الآجلة اعتمادًا على ما في الذمة، من أدنت؛ بمعنى: أقرضت وأعطيت دينا[٢].

واصطلاحًا: للدَّين معنى عام في استعمال الفقهاء؛ هو: «لزم حق في الذمة»، فيشمل المال، والحقوق غير المالية، كصلاة فائتة، وزكاة، وصيام، وغير ذلك، كما يشمل ما ثبت بسبب قرض أو بيع أو إجارة أو إتلاف أو جناية أو غير ذلك، والاستعمال الخاص للدَّيْن يَقصُرُ الدَّين على لزوم الحق المالي في الذمة[٣].

والمراد بالدين الصحيح: هو ما لا يسقط بغير الأداء أو الإبراء، حقيقة أو حكمًا[٤]، كالقرض، وثمن المبيع، وبدل الإجارة، والمسلم فيه، وقيمة

---

(١) المبسوط ٢١٤/١١، وعبروا عنها بعبارة: (الكفالة بما ليس بمضمون على الأصيل باطلة)، المبسوط ١٢٨/٢٣، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «الكفالة إنما تصح في مضمون تجري النيابة في إيفائه».

(٢) انظر: مادة: (دين) في: مقاييس اللغة لابن فارس، ولسان العرب لابن منظور.

(٣) انظر: العناية شرح الهداية ٣٤٦/٦، درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٧٣٣/١، وانظر: الفروق للقرافي ١٣٤/٢، منح الجليل لعليش ٣٦٢/١ وما بعدها، نهاية المحتاج للرملي ١٣٠/٣، وما بعدها، أسنى المطالب ٣٥٦/١، ٥٨٥، شرح الزرقاني على مختصر خليل ١٦٤/٢، ١٧٨، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣٦٨/١، القواعد لابن رجب ص ١٤٤.

(٤) وللإبراء المذكور في التعريف نوعان: إبراء حقيقي، وبه تسقط مطالبة المدين الدائنَ بما له في ذمته، ويكون هذا الإبراء بالاستيفاء، كما يكون بالإسقاط، والنوع الثاني الإبراء الحكمي، وحقيقته صدور فعل يبطل حق الدائن من غير إسقاط منه للدين، كأن تُمكِّنَ المرأةُ ابن زوجها - الذي لم يدخل بها - من نفسها، فيسقط حقها من نصف المهر، لكونها حرمت على زوجها بسبب فعلها، فكأنها أبرأته منه انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٧٦٠/١، المادة: ٦٣١.

المغصوب، والمال المحال به، والمهر المسمى، ومهر المثل، وبدل الخلع، والنفقة التي تُستقرَض بأمر الحاكم على أن يرجع بها على من عليه النفقة[١]:

ومعنى الضابط: أن كل مال توافرت الشروط اللازمة لمطالبة الدائن به المدين تجري فيه الكفالة، وتترتب عليه أحكامها.

وهذا الضابط معتبر في الكفالة بالمال، وهذه الكفالة متفق عليها بين المذاهب الفقهية المختلفة، وإنما اختلفوا في الكفالة بالنفس، فأجازها الجمهور، ومنعها الشافعية[٢].

هذا، وللفقهاء تفصيل في جواز الكفالة بالأعيان، حاصله أن لا تصح الكفالة بها مطلقًا عند الشافعية، أما الحنفية فقالوا: إن الأعيان بالنسبة إلى جواز الكفالة بها تنقسم إلى ما هو أمانة فلا يضمن، كالوديعة، والمستعار، والمستأجَر، ومال المضاربة، والشركة، وإلى ما هو مضمون، ثم المضمون ينقسم إلى: ما هو مضمون بغيره؛ كالمبيع، والمرهون، وإلى ما هو مضمون بنفسه؛ كالمبيع بيعًا فاسدًا، والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب، والكفالة بها كلها إما أن تكون بذواتها أو بتسليمها، فإن كان الأول لم تصح الكفالة فيما يكون أمانة أو مضمونًا بالغير، وتصح فيما يكون مضمونًا بنفسه عندنا؛ فعلى هذا: لا تجوز الكفالة بالمبيع عن البائع بأن يقول الكفيل للمشتري: (إن هلك المبيع فعلي بدله)؛ لأنَّه مضمون بغيره وهو الثمن، ولا بالمرهون؛ لأنَّه مضمون

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٧٥٩/١، المادة: ٦٣١، وانظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام للملا خسرو ٢٩٨/٢.

(٢) انظر: مذهب الجمهور في جواز الكفالة بالأبدان في: رد المحتار ٢٨٦/٥، بدائع الصنائع ٤/٦، فتح القدير ٢٨٥/٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣٤٤/٣، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٩١/٢، التاج والإكليل للمواق ١٠٥/٥، المغني لابن قدامة ٩٥/٥، كشاف القناع عن متن الإقناع ٣٦٢/٣، وانظر مذهب الشافعية في منعها في: مغني المحتاج ٢٠٣/٢، حاشيتي قليوبي وعميرة ٣٢٧/٢.

بالدين، ولا الوديعة والمستعار والمستأجر؛ لأنَّها أمانة وتجوز في المبيع بيعا فاسدا والمقبوض على سوم الشراء والمغصوب، ويجب على الكفيل تسليم العين مادام قائمًا، وتسليم قيمته عند الهلاك؛ لأنَّها أعيان مضمونة بعينها، ومعنى ذلك أن تجب قيمتها عند الهلاك، وما لم تجب قيمته عند الهلاك فهو مضمون بغيره[1].

وهذا الضابط مقيد في إعماله بقيدين هما:

١ـ المراد بالدين الذي تجري فيه الكفالة هو الدين الذي لا يسقط حال الحياة بغير الأداء أو الإبراء، أما ما يسقط بالموت فغير داخل في هذا الأصل، قال ناظر زاده: «واستثنى ابن نجيم في أشباهه من هذا الأصل؛ حيث قال: إلا في مسألة لم أرَ من أوضحها؛ قالوا: لو كفل بالنفقة المقررة الماضية صحت، مع أنها تسقط بدون الأداء والإبراء؛ بموت أحدهما[2]، ومراد القول بقولهم: لا يسقط: عدم سقوطه في الحياة، وإلا يلزم أن لا تصح الكفالة في جميع الديون؛ لأنَّها تسقط بموت المديون مفلسًا، ومن نظر إلى نظائره يتضح له صحة ما قلنا؛ فإن الكفالة بالخراج تصح، مع أن الخراج يسقط بالموت»[3].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٤٣/٦، العناية مع الهداية ١٠١/١٠، ١٠٢: ١١٨.

(٢) انظر: كلام ابن نجيم في استثناء هذا الفرع من القاعدة في الأشباه والنظائر ص ٢٤٥، وزاد عليه فروعا أخرى مستثناة من هذا الأصل في: البحر الرائق ٢٠٦/٤.

(٣) ترتيب اللآلي في سلك الأمالي ٩٦٧/٢-٩٦٨، ويقول البابرتي في هذا المعنى: «إن صحة الكفالة تقتضي دَينًا مطالبًا به مطلقًا، والخراج كذلك، ألا ترى أنه يحبس به ويمنع وجوب الزكاة ويلازم من عليه لأجله؛ فصحت الكفالة عنه، وإنما قيل مطلقًا يعني في الحياة والممات؛ احترازًا عن الزكاة فإنها يطالب بها، أما في الأموال الظاهرة فالمطالب هو الإمام، وأما في الباطنة فملاكها لكونهم نواب الإمام، والكفالة بها لا تجوز ؛ لأنها غير مطالب بها بعد الموت» العناية شرح الهداية ١٨٠/٧.

٢ـ أن يكون الحق المضمون في ذمة الأصيل مما تجري النيابة في إيفائه، أمَّا ما لا تجري النيابة في إيفائه، فالكفالة فيه باطلة[١].

أدلة الضابط:

١ـ أن الكفالة إنما شُرعت لتحصيل الدين من الكفيل عند تعذر تحصيله من الأصيل، وغير دَين الصحيح المضمون لا يشرع تحصيله والمطالبة به، فلا معنى لتوثيقه[٢].

٢ـ الاستقراء؛ فإن استقراء الفروع التي اتفق الفقهاء على جواز وقوعها محلًّا للكفالة، يطرد فيها اشتراط أن تكون الكفالة منعقدَة على دَين صحيحٍ مستقرٍّ في الذمة، تصح المطالبة به[٣].

٣ـ أن الكفالة ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة، والمطالبة تقتضي أن يكون المطلوب مضمونًا على الأصيل لا محالة، والأمانات ليست كذلك، ومثلها في هذا الحكم المضمون بغيره، كالمبيع المضمون بالثمن، والمرهون المضمون بالدين والقيمة غير مضمون على الأصيل، حتى لو هلك المبيع في يد البائع سقط الثمن وانفسخ العقد، ولو هلك الرهن في يد المرتهن صار مستوفيًا لدينه ولا تلزمه مطالبته، فلا تتصور الكفالة بها[٤].

---

(١) المبسوط ٢١٤/١١، وعبروا عنها بعبارة: (الكفالة بما ليس بمضمون على الأصيل باطلة)، المبسوط ١٢٨/٢٣.

(٢) سبق توثيق هذه القاعدة من مصادرها ضمن القواعد والضوابط ذات العلاقة.

(٣) انظر: العناية شرح الهداية ١٨٠/٧.

(٤) انظر: العناية شرح الهداية ١٩٩/٧.

تطبيقات الضابط :

١ـ لا تجوز الكفالة بالأمانات، كالودائع، وأموال المضاربات، وأموال الشركات؛ لأنَّ هذه الأشياء غير مضمونة لا عينها ولا تسليمها، وكذلك عين المرهون، والمستعار، والمستأجر[١]؛ لأن الكفالة إنما تصح بدين صحيح، وهذه ليست ديونًا مضمونة.

٢ـ تصح الكفالة بالثمن؛ لأنَّه دين صحيح مضمون على المشتري، وتصح بالمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمبيع بيعًا فاسدًا؛ فإنَّها مضمونة حتى إذا هلكت عند المشتري وجب الضمان عليه؛ فأمكن إيجابه على الكفيل[٢].

٣ـ تصح الكفالة بالخراج؛ لأنَّه دين مطالب من جهة العباد، فصار كسائر الديون، بخلاف الزكاة في الأموال الظاهرة والباطنة؛ لأنَّ الواجب فيها فعل ما هو عبادة، والمال محله؛ ولهذا لا تؤخذ من تركته بعد موته إلا بوصية[٣].

٤ـ تصح الكفالة بالدَّرَك، وحقيقته: أن يقوم الكفيل بضمان قيمة المبيع إذا تبين استحقاقه على البائع، وقد يُسمى ضمان العهدة[٤]، ومع أن الكفالة بالدرك كفالة ما لم يضمن بعد، إلا أنها تصح فيه؛ لأنَّ الثمن يصير في حالة استحقاق المبيع دَينًا صحيحًا مستقرًا في ذمة البائع[٥].

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٣/٢٥٤.

(٢) انظر: درر الأحكام شرح غرر الأحكام ٢/٣٠١.

(٣) انظر: درر الأحكام شرح غرر الأحكام ٢/٣٠١.

(٤) انظر تعريف ضمان الدرك في: الاختيار ٢/١٧٢، ١٧٣، بدائع الصنائع ٦/٩، البحر الرائق ٦/٢٣٧، مغني المحتاج ٢/٢٠١، حاشية الشرقاوي على التحرير ٢/١٢١.

(٥) ضمان الدرك جائز عند جمهور الفقهاء، ومنعه بعض الشافعية؛ لكونه ضمان ما لم يجب. انظر:=

٥- تصح الكفالة بالجروح، كالشَّجَّة وما فيه حكومة من الجنايات[١]، والكفالة بها أن يقول: (كفلت أرشها)، وكذلك تصح الكفالة بدية قطع الأطراف إذا لم يكن موجبها القصاص؛ إذ الواجب حينئذ مال واجب الأداء[٢].

مصطفى حسنين عبد الهادي

* * *

= مذاهب الفقهاء في حكم ضمان الدرك في: البناية على فتح القدير ٤٠٣/٥، مجمع الضمانات ص ٢٧٥، منح الجليل للشيخ عليش ٢٤٩/٣، روضة الطالبين للنووي ٢٤٦/٤، مغني المحتاج ٢٠١/٢ المغني لابن قدامة ٥٩٦/٤.

(١) الجروح التي لم يقدر الشارع لها دية تجب فيها حكومة عدل، وهي تقدير نسبة الجرح من الدية الكاملة، وتكون هذه النسبة هي دية الجرح. انظر: أنيس الفقهاء ص ٢٩٥، نصب الراية ١٣٣/٦، فتح القدير ٣١٤/٨.

(٢) انظر: درر الأحكام شرح غرر الأحكام ٣٠١/٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٨٤

نص الضابط: الكَفَالَةُ إِنَّمَا تَصِحُّ فِي مَضْمُونٍ تَجْرِي النِّيَابَةُ فِي إِيفَائِهِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الكفالة إنما تكون في الحقوق التي تجوز النيابة فيها[٢].

٢- الكفالة بمضمون بما تجري النيابة في إيفائه صحيح، وبما لا تجري النيابة في إيفائه باطل[٣].

٣- ما تجري النيابة في إيفائه فالكفالة بمثله صحيحة[٤].

٤- كل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تجوز الكفالة به[٥].

صيغ ذات علاقة:

١- كل دَين صحيح تصح المطالبة به تصح الكفالة به[٦]. (تكامل).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٢٠/١٠٢، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٤/١٥٨.

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ٣/٦٤.

(٣) المبسوط للسرخسي ١١/٢١٤.

(٤) انظر: المبسوط ١٥/١١٧.

(٥) حاشية الشلبي مع تبيين الحقائق ٤/١٥٨.

(٦) العناية للبابرتي شرح الهداية ٧/١٨٠ وانظر الضابط بتفصيله في: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٢٤٥، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢/٢٠٠، الكافي لابن قدامة ٢/٢٢٩-٢٣٠، كشاف القناع للبهوتي ٤/٥٤٥، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

٢- الكفالة مبنية على المصلحة والحاجة؛ فتتبع فيها الحاجة[١]. (أصل).

٣- الكفالة شرعت للتوثيق[٢] . (أصل).

٤- الأصل صحة تعليق الكفالة والإبراء عنها بالشرط الملائم دون غيره[٣]. (قسيم).

٥- لا تصح الكفالة بنفس الحد والقصاص؛ لأنَّ النيابة لا تجري في إيفائهما[٤]. (فرع).

٦- لا تصح الكفالة بدين يسقط بالموت[٥]. (تكامل).

٧- الكفالة إنما تصح ممن يصح منه التبرع[٦]. (تكامل).

شرح الضابط :

(المضمون): يطلق الضمان في اللغة على المال المستقر في ذمة الأصيل، والمراد به: التزام المال مطلقًا، سواء أكان هذا الالتزام بعقد أو بغير عقد[٧]:

---

(١) العزيز شرح الوجيز للرافعي١٠/٣٨١، وعبروا عنها بعبارة: «الكفالة مبنية على الحاجة»، مغني المحتاج ٣/٢١٢، وانظر أيضًا: شرح المجلة للمحاسني ٢/١١.

(٢) انظر: المبسوط ١٢/٢٠٥، ١٩/١٦٠-١٦١، بدائع الصنائع للكاساني ٥/١٧٢، أسنى المطالب للأنصاري ٢/١٤٣، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢/٣٢٤، البحر الزخار لابن المرتضى ٦/٧٥.

(٣) العناية شرح الهداية ٧/١٨٤، تبيين الحقائق ٥/٣٧، درر الحكام شرح غرر الأحكـام للملا خسرو ٢/٢٩٩، وانظر ضابط: «لأصل صحة تعليق الكفالة بالشرط الملائم دون غيره» في قسم الضوابط الفقهية.

(٤) المبسوط ٩/١٠٦-١٠٧، ٢٠/١٠٢، وانظر أيضًا: الفروق للكرابيسي ١/٢٧٦، تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٥٨، غمز عيون البصائر للحموي ١/٣٨٣، درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٧٦٥، وفي معناها قول الفقهاء: «لا تجري النيابة في العقوبات فلا تصح الكفالة بالقصاص وسـائر العقوبات»، مجلـة الأحكـام العدلية المادة: ٦٣٢، وانظر أيضًا: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٥٨.

(٥) انظر: مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٣١٧، أحكام المعاملات المالية لمحمد زكي عبد البر ٢/١٥٤.

(٦) فتح القدير ٧/٢٣٥.

(٧) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ٤/٦.

والمراد بما تجري النيابة في إيفائه: الحق الذي يجوز أن ينوب شخص عن غيره في إيفائه، مثل الديون، لا ما تصح الاستنابة فيه، كالحدود والاستحلاف.

ومفاد الضابط: أنه لما كان مقصد الشارع من تشريع عقد الكفالة هو تمام الاستيثاق، بضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في الالتزام بمقتضى العقد؛ اختص عقد الكفالة بتحمل الحقوق التي يمكن أن ينوب فيها شخص عن آخر، أما ما لا تجري فيه النيابة، فلا يصح انعقاد الكفالة عليه؛ لأنَّ الأصيل في هذه العقود يكون مرادًا بعينه، بحيث لا يمكن أن يقوم مقامه غيره، ولا يسد مسده أحد سواه، كالعقوبات التي لا يصح شرعًا تحملها عن الغير؛ فإنها لما امتنع جريان النيابة فيها - امتنع انعقاد الكفالة عليها.

أدلة الضابط:

أن المقصود من الكفالة إقامة الكفيل مقام المكفول عنه في الإيفاء؛ لتحقيق الاستيثاق، فإذا امتنع جريان النيابة، تعذر تحقق مقصود عقد الكفالة[١]، ومن المقرر عند الفقهاء: أن كل تصرف تقاعد عن تحصيل مقصوده فهو باطل[٢].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٠٦/٩.

(٢) قواعد الأحكام للعز بن عبدالسلام ١٤٣/٢، الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢٥٩/١، الأشباه للسيوطي ص٢٨٥، وعبروا عنها بعبارة: «كل تصرف، لا يحصل مقصوده، فإنه لا يشرع ويبطل إن وقع»، الفروق للقرافي ٢٣٨/٣، وبعبارة: «كل عقد لا يفيد مقصوده يبطل»، الفروق للقرافي ٢٦٠/٣، وانظر: المناهج الأصولية للدريني ص٣١، وبعبارة: «كل تصرف قاصر عن تحصيل مقصوده لا يشرع، ولا يبطل إن وقع»، القواعد للمقري ١٧٣/٢، وفي معناها يقول الشاطبي: «المشروعات إنما وضعت لتحصيل المصالح ودرء المفاسد، فإذا خولفت لم يكن في تلك الأفعال التي خولفت جلب مصلحةٍ ولا درء مفسدة». انظر: الموافقات ٣٣٣/٢، وانظر أيضًا: القواعد والفوائد للعاملي ٢٤١/٢-٢٤٢.

تطبيقات الضابط :

١- إذا كفل الكفيل بنفس الحد أو القصاص لا تصح الكفالة؛ لأنَّ الحدود من العقوبات، ولا تجري النيابة في إيفائها، والكفالة التزام التسليم، فإذا حصل بما لا يمكن استيفاؤه من الكفيل، كان باطلا، أما تسليم النفس: فتجري فيه النيابة؛ فلهذا صحت الكفالة فيها[١].

٢- إذا استأجر محملا أو زامِلَة إلى مكة، وكفل بها رجل بالحمولة فهو جائز؛ لأنَّه كفل بما هو مضمون في ذمة الأصيل وتجري النيابة في إيفائه؛ لأنَّ الحمولة إذا لم تكن معينة فالكفيل يقدر على إيفائه كما يقدر الأصيل؛ فلهذا يؤخذ الكفيل بالحمولة كما يؤخذ المؤاجر، فكذلك إذا استأجر منه إبلا بغير أعيانها يَحمل عليها متاعا مسمًّى إلى بلد معلوم، وكفل له رجل بالحمولة، جاز[٢].

٣- لو استأجر إبلا بأعيانها وكفل رجل بالحمولة، لم تجز الكفالة؛ لأنَّ الكفيل لا يقدر على إيفاء المكفول به من مال نفسه، فإن غير ما عُيِّن لا يقوم مقام المُعَيَّن في الإيفاء، فهو بمنزلة ما لو كفل بمال بشرط أن يؤدي ذلك من مال الأصيل، وذلك باطل[٣].

٤- إن استأجر دارًا بثوب بعينه وكفل به رجل، فهو جائز؛ لأنَّ تسليم العين مستَحَقٌّ على المستأجِر بسبب العقد عند استيفاء العمل، فإنما التزم الكفيل تسليمًا مستحقًّا على الأصيل، وهو مما تجري فيه النيابة، والكفالة بمثله صحيحة بمنزلة الكفالة بالنفس[٤].

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٩/١٦٧-١٦٨.

(٢) انظر: المبسوط ١٥/١١٧-١١٨.

(٣) انظر: المبسوط ١٥/١١٧.

(٤) انظر: المبسوط ١٥/١١٧.

٥ـ إن استأجر رجل الدار بخدمة الخادم شهرًا، وكفل رجل بالخدمة، لم يجز؛ لأنه التزم ما لا يقدر على إيفائه؛ فخدمة خادم بعينه لا يمكن إيفاؤها من محل آخر، وإن كفل بنفس الخادم؛ فإنه يؤخذ به؛ لأنَّ تسليم نفس الخادم بالعقد يستحق على المؤاجر، وهو مما تجري فيه النيابة؛ فتصح الكفالة به، ويطالب الكفيل بتسليمه(١).

٦ـ إن أسلم ثوبًا إلى خياط ليخيطه له بأجر مسمًّى، وأخذ منه كفيلا بالخياطة، فهو جائز؛ لأنه كفل بمضمون، تجري فيه النيابة، فإن المستحق على الخياط العمل في ذمته إن شاء أقامه بنفسه، وإن شاء أقامه بنائبه، فيتمكن الكفيل من إيفاء هذا العمل أيضًا؛ فلهذا كان لصاحب الثوب أن يطالب أيهما شاء، وإن كان صاحب الثوب اشترط على الخياط أن يخيطه بيده، فهذا شرط مفيد معتبر؛ لتفاوت الناس في عمل الخياطة، وإذا ثبت أن المستحَقَّ عليه إقامة العمل بيده، لم تصح الكفالة له به؛ لأن الكفيل عاجز عن إيفائه بنفسه، وبالكفالة لا تثبت له الولاية على يد الأصيل؛ ليوفي ما التزمه بيده(٢).

٧ـ لو استأجر شخص دارًا ليسكنها أو أرضًا ليزرعها، وكفل له رجل بالوفاء بذلك، فهو باطل؛ لأنَّ الكفيل عاجز عن إيفاء ما التزم بماله ونفسه بنفس الكفالة(٣).

مصطفى حسنين عبد الهادي

* * *

---

(١) انظر: المبسوط ١٥/ ١١٧.

(٢) انظر: المبسوط ١٥/ ١١٧.

(٣) انظر: المبسوط ١٥/ ١١٧.



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٨٥

نص الضابط: جَهَالَةُ الـمَكْفُولِ لَهُ أَوِ الـمَكْفُولِ عَنْهُ تَمْنَعُ صِحَّةَ الكَفَالَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا تصح الكفالة بجهالة المكفول عنه في تعليق وإضافة، ولا بجهالة المكفول له مطلقًا[٢].

٢- جهالة المكفول له تبطل الكفالة، وكذا جهالة المكفول عنه[٣].

٣- الكفالة لا تصح مع جهالة المكفول له[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- الكفالة عقد مبني على التوسع[٥]. (أصل).

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٥٤.

(٢) مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٣١٣.

(٣) ترتيب اللآلي في سلك الأمالي لناظر زاده ١/٦١٩.

(٤) البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار لابن المرتضى ٦/٧٣.

(٥) المبسوط للسرخسي ٦/١٩١، ١٧/١٩٩، ١٩/١٧٢، ١٧٧، ٢٠/٥٠، تبيين الحقائق ٤/١٥٢-١٥٣، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

٢- كل جهالة يسيرة متحمَّلة في الكفالة[١]. (استثناء).

٣- في الكفالة مع الجهالة المتفاحشة، لا يصح التزام المال[٢]. (قيد).

شرح الضابط:

لقد سبق بيان حقيقة الكفالة وأقسامها فيما سبق من ضوابط تتعلق بالكفالة، والمراد بـ(جهالة المكفول له أو المكفول عنه): انعدام علم الكفيل بهما وعدم تعيينهما في عقد الكفالة[٣].

والجهالة ليست بمانعة من العقود لذاتها، بل لكونها مفضية إلى النزاع[٤]، وهذا أصل مهم ينبغي التعويل عليه في الأحكام، فإن به حلَّ كثير مِن المشكلات، وهو أن أصل النواهي في باب المعاملات مبني على منع ما فيه ظلم وأكل لأموال الناس بالباطل، ومنع ما يؤدي إلى الاختلاف والنزاع، ومن أسبابه الجهالة، فإذا انتفى هذان المحذوران، صح التعامل، والعُرْف أصل عظيم يُرجَع إليه في ذلك بعد الشرع[٥].

ومفاد الضابط الذي بين أيدينا: أن الجهالة الفاحشة المفضية إلى النزاع تؤثر في عقد الكفالة فساداً إذا وقعت في المكفول له (الدائن)، أو في المكفول عنه (الأصيل)؛ فإنهما يجب أن يكونا معلومَيْنِ عِلمًا تامًّا سالمـًا عن أيَّة جهالة، أما المكفول به، فلا تؤثر الجهالة فيه؛ فيجوز أن تقع الكفالة بالمجهول، بأن يقول الكفيل للأصيل: (أنا كفيل بما عليك لزيد)، من غير علم بما عليه لزيد.

---

(١) فتح القدير لابن الهمام ٤٥٣/٦، وانظر أيضًا: المبسوط ١٧٢/١٩.

(٢) المبسوط ١٤٧/٣٠ (ط دار المعرفة).

(٣) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢٣٨/٦، حاشية ابن عابدين ٣٠٥/٥.

(٤) انظر: المبسوط ١٧٨/١٩.

(٥) المعاملات الشرعية المالية لأحمد إبراهيم بك ص١٦٣-١٦٤، والالتزامات له ص ٩٥.

وأما مذاهب الفقهاء في اعتوار الجهالة أركان الكفالة فهذا بيانها:

أولاً: جهالة المكفول له: ذهب الحنفية، والشافعية في الأصح، إلى اشتراط كون المكفول له معلومًا للكفيل، سواء أكانت الكفالة منجَّزَة، أم معلَّقَة، أم مضافة، فإن كان مجهولا له، كما لو قال: (أنا كفيل بما يحصل من زيد من تعاملات)، لم تصح الكفالة؛ للجهالة بمن يتعامل مع زيد المكفول عنه، ولتفاوت الناس في استيفاء حقوقهم تشديدًا وتسهيلا، وليعلم الضامن هل هو أهل لإسداء الجميل إليه أو لا؟[١].

ثانيًا: جهالة المكفول عنه: ذهب الحنفية، والشافعية في قول، وبعض الحنابلة، إلى اشتراط معرفة الكفيل للمكفول عنه، لكن قال الحنفية: إن اشتراط كون المكفول عنه معلومًا للكفيل هو في حالة ما إذا كانت الكفالة معلقة أو مضافة، أما في حال التنجيز فلا تمنع جهالة المكفول عنه صحة الكفالة[٢]، وذهب المالكية إلى عدم اشتراط العلم بالمكفول عنه[٣].

ثالثًا: جهالة المكفول به: مذهب الجمهور: أنه لا يشترط في المكفول به أن يكون معلومًا، بل تجوز الكفالة بالدين الصحيح مطلقًا، سواء أكان هذا الدين معلومًا أم مجهولا[٤]؛ لأنه منصوص على جوازها في قول الله تعالى مخبرًا عن منادي يوسف، عليه السلام: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمۡلُ بَعِيرٖ﴾ [يوسف: ٧٢]،

---

(١) انظر: المبسوط ٩/٢٠، بدائع الصنائع للكاساني ٦/٦، فتح القدير ٣١٤/٦، حاشيتي قليوبي وعَميرة على شرح المنهاج للمحلي ٣٢٤/٢-٣٢٥، الشرقاوي على التحرير ١١٨/٢، المغني لابن قدامة ٧١/٥-٧٢، كشاف القناع ٣٥٤/٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/٦، رد المحتار لابن عابدين ٣٠٧/٥-٣٠٨، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٠٠/٢ وما بعدها، نهاية المحتاج للرملي ٢٢٤/٤، المغني لابن قدامة ٧١/٥ وما بعدها، كشاف القناع للبهوتي ٣٥٤/٣.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٣٤/٣، منح الجليل للشيخ عليش ٢٥٢/٣.

(٤) انظر: شرح فتح القدير للكمال بن الهمام ٢٩٨/٦.

وحمل البعير الذي تكفل به منادي يوسف غير معلوم؛ لأنَّه يختلف باختلاف البعير، فلم تمنع مطلقًا[(١)]، ومنعه الشافعي؛ لأنَّ الكفالة ممتنعة مع الجهالة كما في البيع[(٢)].

أدلة الضابط :

أولاً : دليل اشتراط العلم بالمكفول له:

تعذر الوفاء؛ فإن الجهل بالمكفول له يمنع الكفيل من الوفاء بدين الأصيل[(٣)].

ثانيًا : دليل اشتراط العلم بالمكفول عنه:

١- أن الكفالة عقد من عقود التبرعات، والمتبرع الضامن في حاجة إلى أن يعلم ما إذا كان المضمون عنه أهلا لاصطناع المعروف إليه أو لا[(٤)].

٢ - يشترط العلم بالمكفول عنه ليعرف الكفيل الضامن: هل المكفول عنه موسر وممن يبادر إلى قضاء دينه أو لا؟[(٥)].

تطبيقات الضابط :

١- إذا كفل رجل لرجلين قائلا: (قد كفلت لفلان بما له على فلان، أو كفلت لفلان الآخر بما له على فلان)، فهذا باطل؛ لأن المكفول له

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٧/١٨٥.

(٢) انظر: نظرية التقعيد الفقهي ص ٣٣٤، القواعد الفقهية من خلال كتاب الهداية للمرغيناني ص ٣٥٠.

(٣) انظر: البحر الزخار ٦/٧٣.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٣٤٤.

(٥) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٤/٣٠٠.

والمكفول عنه مجهولان؛ فتكون الجهالة متفاحشة، ومثل هذه الجهالة تمنع الكفالة[١].

٢ـ لو قال الكفيل لقوم حاضرين: (ما بايعتموه به من شيء فعليَّ)، جاز؛ لأنَّه قد ضمن لمُعَيَّنِينَ، فانتفى المانع من صحتها[٢]، وهو جارٍ على مفهوم الضابط المذكور.

٣ـ لو قال الكفيل لقوم: (ما بايعتموه أنتم وغيركم فهو عليَّ)، لزمه دَين مَن خاطبهم، ولم يلزمه دَينُ غيرِهم؛ لأنَّ المخاطبين معلومون، وغيرهم مجهولون[٣].

٤ـ لو قال الكفيل للمدين: (ما بايعت من الناس فأنا ضامن له)، لم يَجُزْ؛ لجهالة المكفول عنه، والمكفول به، فتفاحشت الجهالة، وإن قال: (ما استُحِقَّ لك على أحد من الناس فهو علي)، لم تصح؛ لجهالة المضمون عنه، وكذا إذا قال: (ما استُحِقَّ عليك لأحد من الناس فهو عليَّ)، لم تصح؛ لجهالة المكفول له[٤].

٥ـ لو قال شخص: (كفلت أحد هذين المدينين)، لا تصح الكفالة؛ لأنَّ المكفول غير معلوم في الحال ولا المآل، وجهالة المكفول تمنع صحة الكفالة[٥].

مصطفى حسنين عبد الهادي

* * *

(١) انظر: المبسوط ٢٠/١٢٨.
(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٥٣.
(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٤/١٥٤.
(٤) انظر: الجوهرة النيرة ١/٣١٢-٣١٣.
(٥) انظر: كشاف القناع ٣/٣٧٦.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٨٦

نص الضابط: الأَصْلُ صِحَّةُ تَعْلِيقِ الكَفَالَةِ وَالإِبْرَاءِ عَنْهَا بِالشَّرْطِ المـُلائِمِ دُونَ غَيْرِهِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- يصح تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح[(٢)].

(١) العناية للبابرتي ٧/١٨٤، تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٣٧، ووردت الصيغة بألفاظ أخر منها: «الشرط إذا كان ملائما، جاز تعليق الكفالة به، وإن كان بخلاف ذلك، لا يصح التعليق، ويبطل الشرط»، فتح القدير للكمال بن الهمام ٧/١٧٥، خلاصة الفتاوى لافتخار الدين ١/٢٣٧/ب، وبعبارة: «كل شرط ملائم لعقد الكفالة يصح تعليقها به»، البناية شرح الهداية لبدر الدين العيني ٧/٥٦٢، وبعضهم قرن الضابط بتعليله، فقال: «الكفالة من باب الالتزامات فيجوز إضافتها إلى الزمان، وتعليقها بالشرط الملائم»، تبيين الحقائق ٤/٥٤٨، وقد يفسر الشرط الملائم للكفالة بالمؤكد لمضمونها فيقال: «إن أدخل شرطا في الكفالة يؤكدها صح»، صنوان القضاء للأشفورقاني ١/٣٣١، وانظر أيضًا: المبسوط١٩/١٧٤، الاختيار لتعليل المختار ٢/١٧١.

(٢) العناية ٧/١٦٤، فتاوى قاضيخان ٣/٥٢، مرآة المجلة ليوسف آصاف ص ٣٣٠، وبمعناها قولهم: «الأصل في الكفالة أنه يجوز تعليقها بشرط متعارف ولا يجوز تعليقها بشرط غير متعارف»، صنوان القضاء للأشفورقاني ١/٣٣١، وبعضهم عبر عن معناها بصيغة المفهوم، فقال: «الكفالة إذا علقت بشرط متعارف للناس فيه تعامُل تجوز»، الذخيرة البرهانية لابن مازة ٨/١٢١ (مخطوط)، وبمعناها: «تعليـــق الكفالة بشرط غير متعارف فاسد»، الذخيرة البرهانية لابن مازة ٨/١٢٠، صنوان القضاء ١/٣٣٠.

٢- يصح أن تكون الكفالة منجزة أو مضافة إلى زمن مستقبل أو معلقة بشرط ملائم[١].

٣- تعليق الكفالة إن كان متعارَفًا صح، وإن شرطا محضا فالكفالة جائزة والشرط باطل[٢].

صيغ ذات علاقة:

١- الأصل في الشروط اعتبارها ما أمكن[٣]. (أصل).

٢- الشرط الذي لا يقتضيه العقد لكنه ملائم للعقد لا يوجب فساد العقد[٤]. (أصل).

٣- كل شرط خالف مقتضى العقد فهو باطل[٥]. (أصل).

٤- ما كان من باب الإطلاقات يجوز تعليقه بالشرط الملائم[٦]. (أصل).

---

(١) مرشد الحيران لعلي قدري باشا ص ١٢٠، وبمعنى الصيغة: «الشرط غير الملائم لا تصح معه الكفالة أصلا، ومع الأجل غير الملائم تصح حالَّة ويَبطل الأجل»، فتح القدير للكمال بن الهمام ١٧٤/٧-١٧٥، حاشية الطحطاوي على الدر المختار للحصكفي ١٥٣/٣، غنية ذوي الأحكام في بغية درر الحكام بهامش درر الحكام للملا خسرو ٢٩٩/٢، وبعبارة: «تعليق الكفالة بشرط ملائم يصح عندنا»، حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٣٦/٥، ٤٤.

(٢) حاشية الطحطاوي على الدر المختار للحصكفي ١٣٦/٣، وقد يقتصر بعضهم على إبطال الكفالة المعلقة على الشرط المحض، فعل ذلك السرخسي في المبسوط ١٧٣/١٩.

(٣) بدائع الصنائع ٢٠٤/٤، ٩٨/٦، إعلام الموقعين ٢٥٩/٣-٢٦٣، الفروع لابن مفلح ٢١٨/٥، وانظر قاعدة: «المسلمون عند شروطهم» في قسم القواعد الفقهية.

(٤) بدائع الصنائع ١٧١/٥، تبيين الحقائق ٥٧/٤، كشاف القناع ٣٤٩/٣.

(٥) المبسوط ٣٦/١٦، بدائع الصنائع ١٩٥/٤، تبيين الحقائق ١٥٦/٥، العناية شرح الهداية ١٠/١، البحر الرائق ٣١١/٧، غمز عيون البصائر ٢٣٤/٢، التاج والإكليل للمواق ٥٥٢/٦، فتح العلي الملك ٣٦٤/١، تحفة المحتاج ٢٩٦/٤، نهاية المحتاج ٤٥١/٣، حاشية الجمل على المنهج ٧٥/٣، والبجيرمي على المنهج ٢٠٩/٢، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٧٦/٤، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «كل شرط يخالف مقصود العقد فهو باطل».

(٦) درر الحكام شرح غرر الأحكام ٢٠٠/٢، ويعبرون عنها بقولهم: «ما كان من الإطلاقات يصح تعليقه=

٥- ما كان من التبرعات فإنه لا يبطل بالشرط[١]. (أصل).

٦- الكفالة تجوز إضافتها وتعليقها بالشرط[٢]. (أعم).

٧- يصح تعليق الكفالة بشرط توقيتها[٣]. (فرع).

٨- الكفالة لا يجوز تعليقها بشرط أو وقت[٤]. (صيغة مخالفة).

٩- الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة[٥]. (صيغة مخالفة).

شرح الضابط :

المراد بـ(الشرط): كل حكم متعلق بأمر يقع لوقوعه، وذلك الأمر كالعلامة له[٦].

و(التعليق) هو: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، وشرط صحة التعليق: كون الشرط معدومًا على خطر الوجود؛ فالتعليق بكائن تنجيز، وبالمستحيل باطل[٧].

= بالشرط الملائم، وبالشرط الفاسد، فتصح ويلغو الشرط»، انظر: مرشد الحيران ص ٣٨، وبمعناها: «الإطلاقات مما يحتمل التعليق بالشرط».

(١) البحر الرائق لابن نجيم ١٩٤/٦، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ١١٢/٢، وخالف الزيدية في هذا الأصل فقالوا: «سائر عقود التبرعات يلغو الشرط فيها»، انظر: التاج المذهب لأحكام المذهب لابن قاسم العنسي الصنعاني ٤١١/٢.

(٢) مجمع الضمانات لغانم البغدادي ص ٢٧٣، تكملة البحر الرائق للطوري ٤٤/٨، ويقول الإمام الشافعي: «إذا كانت الكفالة بشرط كان للغريم أن يأخذ الكفيل على ما شرط له دون ما لم يشرط له»، الأم ٢٣٤/٣، ١٢٤/٧، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «الأصل صحة تعليق الكفالة بالشرط الملائم دون غيره».

(٣) مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ص ٣٧٢.

(٤) البحر الزخار لابن المرتضى ٧٦/٦، وبمعناها: «الكفالة يلغو الشرط فيها»، التاج المذهب لأحكام المذهب ٤١١/٢.

(٥) المبسوط ١٧٣/١٩.

(٦) انظر: التعريفات للجرجاني ص٤٢٧، تحرير ألفاظ التنبيه للنووي ص ٣٣٦.

(٧) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٣٦٧، غمز عيون البصائر ٤١/٤، والمادة: ٨٢ من مجلة الأحكام العدلية وشروحها.

ومعنى الضابط: أنه يصح تعليق الكفالة على أمر خارج عنها لا يتحقق انعقادها إلا بتحققه، وهذا في مقابل الكفالة المنجزة، التي تنعقد صحيحة وتترتب عليها آثارها بمجرد وجود الصيغة مستوفية شروطها وأركانها، ويفرق الفقهاء في هذا السياق بين الكفالة المعلَّقة والكفالة المؤجَّلة، بأن الكفالة المعلقة تنتفي بانتفاء ما علقت عليه، بخلاف المؤجلة؛ إذ التعليق يُخرِج العلة عن العِلِّيَّة، والأجل عارض بعد العقد، فلا يلزم من انتفائه انتفاء معروضه[(١)].

واختلف الفقهاء في حكم الكفالة المعلقة على شرط؛ فيرى الحنفية صحَّة الكفالة المعلَّقة على شرط ملائم، ومثلوا للشرط الملائم بأن يكون سببًا لوجوب الحق، كقول الكفيل للمشتري: (إذا استُحِقَّ المبيع فأنا ضامن الثمن)، أو ما يكون سببًا لإمكان الاستيفاء، كقول الكفيل للدائن: (إذا قدم فلان - أي المكفول عنه - فأنا كفيل بدَينك عليه)، أو ما يكون سببًا لتعذر الاستيفاء، كقول الكفيل للدائن: (إذا غاب المدين عن البلد فأنا كفيل بالدَّين)[(٢)]، كما فسروا الشرط الملائم بما يؤكد موجب العقد[(٣)]، بأن يكون مما يتحمله عقد الكفالة بحسب طبيعته وتكييفه، أو يكون مما جرى العرف على العمل به؛ فإن حقيقة عقد الكفالة الإطلاق بقصد التوثيق، فما كان من الشروط ملائمًا لهذه الأوصاف جاز التعليق عليه[(٤)]، ووافق المالكيةُ[(٥)] والحنابلة[(٦)] والإماميةُ[(٧)] الحنفيةَ على هذا المذهب.

---

(١) العناية شرح الهداية ٧/١٨٦.

(٢) تبيين الحقائق ٤/١٥٣، العناية شرح الهداية ٧/١٨٣.

(٣) البحر الرائق ٦/٩٢، رد المحتار ٥/٨٥، ٨٧، ٢٤١، ٣٤٨.

(٤) انظر: في تفسير الشرط الملائم والتمثيل عليه: المبسوط ١٧/١٩٩بدائع الصنائع ٤/٢٠٢، تبيين الحقائق ٤/٥٧.

(٥) المنتقى للباجي ٦/٨١، شرح مختصر خليل للخرشي ٦/٢٩، الفواكه الدواني ٢/١٤٠، حاشية العدوي ٢/٢٣٦.

(٦) انظر: الفروع لابن مفلح ٤/١٤٨.

(٧) انظر: تذكرة الفقهاء للحِلِّيِّ ٢/٩٩، القواعد الفقهية عند الإمامية ص ٦٣٩.

بينما يرى الشافعية في الأصح : عدم جواز تعليق الضمان والكفالة؛ إذ كل منهما عقد كالبيع، لا يجوز تعليقه بالشرط، ومقابله: جوازه؛ لكونها من الإطلاقات، وهي لا تفتقر إلى قبول، كالطلاق[(١)].

أدلة الضابط :

١ـ أن الكفالة ليست من عقود المعاوضات المحضة، حتى يفسدها التعليق على الشرط، بل هي من الإطلاقات، التي لا تفتقر إلى قبول، والإطلاقات يجوز تعليقها على الشروط الملائمة، وإضافتها إلى المستقبل[(٢)].

٢ـ أن الكفالة تبرع من الكفيل، والتبرعات مما يجوز تعليقها بالشرط؛ فإن باب التبرعات أوسع وأرحب من باب المعاوضات، وأصل التبرعات: ﴿مَا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ مِن سَبِيلٍ﴾ [التوبة: ٩١][(٣)]، كما أن المواعيد بصور التعليق تكون لازمة[(٤)].

تطبيقات الضابط :

١- الكفالة بالدَّرك جائزة، مع أن فيها تعليقًا على شرط الاستحقاق، وإنما صحت لأن شرطها ملائم لمقتضى عقد الكفالة؛ فإن انعقاد

---

(١) نهاية المحتاج ٤٤١/٤، حاشية الشرقاوي على التحرير ١١٩/٢، وقليوبي وعميرة ٣٣٠/٢، مغني المحتاج ٢٠٧/٢.

(٢) انظر: المبسوط ٢٢/٦، ٧٣/١٩، ١٨/٢٥، ٢٠/٢٨، بدائع الصنائع للكاساني ٢٠/٦، التاج المذهب ١٤١/٤.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ١٣١/٤، إعلام الموقعين ٣٠٠/٣، ويسميها الإمامية: قاعدةَ الإحسان، انظر: تحرير المجلة ٧١/١، وانظر أيضًا: شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٥٧٦/٤.

(٤) انظر: شرح القواعد للزرقا ص ٤٢٤، مادة: ٨٤.

الكفالة موقوف على استحقاق الدين على المكفول عنه[١].

٢- لو قال الكفيل: (الكفالة عليَّ إلى أن يقدَم المكفول له من سفره)، صحت الكفالة؛ لأن قدوم المكفول له من سفره منتشر ـ أي مشهور ـ لتسليم نفسه إلى خصمه، بخلاف ما لو قال: (إلى قدوم فلان غير المكفول له)؛ فيكون تعليقًا للكفالة بالشرط المحض، وذلك باطل، كما لو علقه بدخول الدار مثلا[٢].

٣- لو قال أحد: (إن لم يعطِك فلان مطلوبك فأنا أعطيكه)، تنعقد الكفالة مالية، فلو طالب الدائن المدين بحقه ولم يعطه إياه ذلك الرجل أو توفي قبل إعطائه إياه - لزم المال الكفيل في تلك الساعة في الحال ويطالب به[٣].

٤- إذا قال الكفيل للدائن: (إن هبت الريح، أو إن جاء المطر، أو إن دخل زيد الدار، فأنا أكفل ما لك على فلان)، لم تصح الكفالة؛ لأنَّ الكفيل علقها على شرط غير ملائم، ولا هو من مقتضيات عقد الكفالة[٤].

ومن التطبيقات المعاصرة لهذا الضابط:

٥- خطاب الضمان (الضمانات البنكية): وهي تعهد كتابي من البنك بكفالة أحد عملائه، في حدود مبلغ معين تجاه طرف ثالث وهو

---

(١) انظر: المبسوط ١٩٩/١٧، الفروق للكرابيسي ٢٨٥/٢، بدائع الصنائع ٩/٦، شرح القواعد الفقهية للزرقا ص ٤١٦، المدونة ١١٠/٤، المنتقى للباجي ٨٣/٦.

(٢) المبسوط ١٧٣/١٩.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٧٤٣/١-٧٤٤، المادة: ٦٢٣، ٧٧٥/١، المادة: ٦٣٦.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ١٥٤/٤، فتح القدير ١٨٥/٧، الدرر شرح الغرر ٢٩٩/٢، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٨٣/١، المادة: ٨٢، وشروحها الأخرى.

المستفيد، وذلك ضمانًا لوفاء العميل بالتزامه تجاه المستفيد[١]، وينبغي أن يتوفر في خطاب الضمان الشروط والضوابط التي تجعله معتبرًا شرعًا[٢].

٦- قبول الأوراق التجارية: وهذا النوع من الاعتماد يقدم فيه المصرف توقيعه وضماناته؛ ليستفيد منها المعتمد له في الحصول على المال الذي يحتاج إليه، والحاجة داعية إلى ذلك عندما يرى عملاء المصارف أن من مصلحتهم - عند تحرير الشيك أو الكمبيالة أو السند الإذني - تعزيز تلك السندات، وإكسابها ثقة بالحصول على قبول المصرف وتوقيعه عليها[٣].

مصطفى حسنين عبد الهادي

* * *

---

(١) انظر: نظرية الضمان الشخصي (الكفالة) لمحمد الموسى ص ٦٨٩.

(٢) وهذه الشروط هي:

عدم أخذ أجرة على الكفالة والضمان؛ لأنهما من عقود التبرعات وللقاعدة الشرعية: «لا يجتمع أجر وضمان».

- يجوز أخذ أجرة أو عمولة على إصدار خطاب الضمان نظير المصاريف الفعلية التي يتكبدها المصرف إزاء ذلك، وهي تمثل الأجور الفعلية والحقيقية لما يصرف على خطاب الضمان من جهد وعمل الأجرة، أو العمولة التي يتقاضاها المصرف نظير إصدار خطاب الضمان مقطوعة؛ فلا يجوز أخذ نسبة من مبلغ الضمان.

- لا يجوز إصدار خطاب ضمان لصالح جهات أو أنشطة غير متوافقة مع أحكام الشريعة الإسلامية.

يجوز شرعًا أخذ عمولة تجديد خطاب ضمان؛ لأن ذلك من قبيل الخدمات المصرفية التي يجوز أخذ الأجر عليها، وتجديد خطاب الضمان بمثابة إصداره. انظر: عقد الكفالة، دراسة مقارنة لسليمان التويجري ص ٢٥٠ (من بحوث الهيئة الدائمة للبحوث العلمية والإفتاء)، البنوك الإسلامية بين النظرية والتطبيق لعبد الله الطيار ١/ ٢٢١، نقلا عن نظرية الضمان الشخصي للموسى ص ٦٩٦.

(٣) انظر: الموسوعة العربية الميسرة ص ١١٠٧، ١٠٢٢، ١٤٧٩.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٨٧

نص الضابط: الكَفَالَةُ بِالأَمَانَاتِ بَاطِلَةٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا تصح الكفالة بالأمانة[٢].

٢- الأمانات لا تجوز بها الكفالة[٣].

٣- الأمانة لا يصح ضمانها[٤].

٤- الكفالة بما ليس بمضمون على الأصل[٥] باطل[٦].

٥- لا تصح الكفالة إلا بمضمون يطالب به الأصيل[٧].

٦- لا يصح ضمان الأمانات[٨].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٣/٤٤٠.

(٢) انظر: مرشد الحيران ١/١٢٠ ولفظه: «لا تصح الكفالة بالأمانات».

(٣) تبيين الحقائق ٤/٢٨٣.

(٤) انظر: حاشيتي الطبلاوي وابن قاسم على تحفة المحتاج ٥/٢٥٨.

(٥) كذا في المطبوع، ولعل الأصوب: (الأصيل)، والله أعلم.

(٦) المبسوط ٢٣/١٢٨.

(٧) المبسوط ١٥/١١٦.

(٨) الإنصاف ٥/٢٠٠.

شرح الضابط :

هذا ضابط من ضوابط الكفالة، وهو مقرر ومعمول به عند المذاهب الأربعة والزيدية والإمامية، فجميعهم متفقون على أن الكفالة بعين الأمانات لا تصح[(١)].

و(الأمانة) في اللغة، يقال: أمِن بالكسر أمانة فهو أمين، ثم استعمل المصدر في الأعيان مجازًا، فقيل: الوديعة أمانة ونحوه[(٢)].

وفي الاصطلاح: عَلَمٌ لما هو غير مضمون، فشمل جميع الصور التي لا ضمان فيها، كالعارية[(٣)]، والمستأجرة، والموصى بخدمته في يد الموصى له بها[(٤)].

والمقصود بالأمانات هنا هو عقود الأمانات، كالوديعة والإجارة ونحوها.

والضابط يبحث في كفالة العين، والعين نوعان: عين هي أمانة، وعين هي مضمونة.

والمعنى الإجمالي للضابط : أنه لا تصح كفالة العين التي هي أمانة، سواء كانت أمانة غير واجبة التسليم، كالودائع ومال الشركات والمضاربات، أم كانت أمانة واجبة التسليم، كالعارية والمستأجر في يد الأجير؛ لأنَّه أضاف الكفالة إلى

---

(١) انظر: المبسوط ١٠٢/٢٠، تبيين الحقائق ١٤٧/٤، ١٥٨، مجمع الأنهر ١٣٦/٢، منح الجليل ٢٠٤/٦ - ٢٠٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٣٣/٣، مغني المحتاج ٢٠٥/٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٩، حاشيتي الطبلاوي وابن قاسم على تحفة المحتاج ٢٥٨/٥، المغني ٣٤٧/٤، كشاف القناع ٣٧٦/٣، الفروع ٢٤٠/٤، التاج المذهب لأحكام المذهب ١٣٩/٤، شرائع الإسلام في أحكام الحلال والحرام ٩٠/٢.

(٢) انظر: المصباح المنير ص ٢٤.

(٣) وفي العارية خلاف بين العلماء، هل هي مضمونة أم لا؟

(٤) انظر: البحر الرائق ٢٧٤/٧.

عينها وعينها ليست بمضمونة[1]، وصيغ الضابط، وإن وردت مطلقة غير مقيدة بعين الأمانة، إلا أن الفقهاء بينوا المراد من هذا الإطلاق في كتبهم، وأن المراد به عين الأمانة دون الدين؛ فإن الدين تصح الكفالة به بلا خلاف؛ لأنَّه مضمون على الأصيل مقدور الاستيفاء من الكفيل[2].

هذا فيما يتعلق بكفالة عين الأمانة، أما ما يتعلق بتسليمها، فعلى التفصيل الآتي:

١- إن كانت أعيان الأمانة غير واجبة التسليم، كالودائع، والمضاربات، والشركة ونحو ذلك مما ليس بواجب التسليم؛ فلا تصح الكفالة بها أصلا.

٢- إن كانت أعيان الأمانة واجبة التسليم، كالعارية، والمستأجرة؛ فإن الكفالة بها لا تصح، وبتسليمها تصح[3].

أدلة الضابط :

١- إن الكفالة من شرط صحتها أن يكون المكفول به مضمونًا على الأصيل بحيث لا يمكنه أن يخرج عن الضمان إلا بدفعه أو بدفع بدله؛ لأنَّ الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل، فلابد أن يكون واجبًا على الأصيل ومضمونًا عليه؛ حتى يتحقق معنى الضم[4]، يعني: والأمانات ليس كذلك؛ فلا تجوز الكفالة فيها.

٢- ولأن الضمان[5] عبارة عن رد مثل الهالك إن كان مثليًّا، أو قيمته إن

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧/٦.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٩/٦.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ١٤٧/٤.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ١٥٨/٤، المبسوط ١٠٢/٢٠، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٧٥٨/١.

(٥) الضمان هنا بمعنى الكفالة.

كان قيميًّا، فالأمانة إن هلكت بلا تعد فلا شيء في مقابلتها، أو بتعد فلا تبقى أمانة بل تكون مغصوبة[١]، والأمانة إن لم تكن مضمونة على من هي في يده فلا يصح ضمانها قطعًا[٢].

٣- ولأن الأمانة إن لم يطالب الأمين بردها فالواجب في حقه إنما هو التخلية دون الرد[٣]، وفي الكفالة لا يكتفى فيها بالتخلية؛ لذا فإن كفالة الأمانات لا تصح.

تطبيقات على الضابط:

١- كفالة الوديعة لا تصح؛ لأنَّ الواجب في الوديعة التخلية دون الرد، وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية والإمامية[٤].

٢- كفالة المال في يد الشريك لا تصح؛ لأنَّ الواجب في الشركة التخلية دون الرد، وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية[٥].

٣- كفالة الوكيل لا تصح؛ لأنَّ الواجب في الوكالة التخلية دون الرد، وبه قال الحنفية[٦] والشافعية[٧].

---

(١) انظر: غمز عيون البصائر ٤/ ٦.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣٢٩، شرائع الإسلام في أحكام الحلال والحرام ٢/ ٩٠، تبيين الحقائق ٤/ ١٥٨، المبسوط ٢٠/ ١٠٢، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ١/ ٧٥٨ يعني: أن العين إن لم تكن مضمونة على الأصيل فلا يصح كفالتها.

(٣) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ١/ ٥٧١، مغني المحتاج ٣/ ٢٠٥ يعني: أن الأمين إن لم يطالب برد الأمانة لا يجب عليه مؤنة ردها، فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للأمين فلا يجب على كفيله من باب أولى.

(٤) انظر: المبسوط ٢٠/ ١٠٢، ٢٣/ ١٢٧، مرشد الحيران ١/ ١٢٠، تبيين الحقائق ٥/ ٢١، ٧/ ٥٧٥، حاشية الدسوقي٣/ ٣٣٣، مغني المحتاج٣/ ٢٠٥، شرائع الإسلام في أحكام الحلال والحرام٢/ ٩٠.

(٥) انظر: مرشد الحيران ١/ ١٢٠، تبيين الحقائق ٥/ ٢١، ٧/ ٥٧٥، حاشية الدسوقي ٣/ ٣٣٣، مغني المحتاج ٣/ ٢٠٥.

(٦) انظر: تبيين الحقائق ٤/ ٢٨٣.

(٧) انظر: مغني المحتاج ٣/ ٢٠٥.

٤- كفالة الوصي لا تصح؛ لأنَّ الواجب في الوصايا التخلية دون الرد، وبه قال الحنفية[١] والشافعية[٢].

٥- كفالة المضاربة لا تصح؛ لأنَّها ليست مضمونة على الأصيل، وبه قال الحنفية والمالكية والإمامية[٣].

٦- إذا كفل بالرهن عن المرتهن فالرهن باطل؛ لأنَّ عين الرهن أمانة في يد المرتهن، والكفالة بتسليم الأمانة لا تصح، وهو قول عند الحنفية[٤].

٧- لو كفل الأجر عن المستأجر فالكفالة باطلة؛ لأنَّ العين أمانة في يد المستأجر، والكفالة بالأمانات لا تصح، وبه قال الحنفية[٥].

٨- الرسول بالبيع إذا كفل بثمن المبيع صح، أما بعد قبض المبيع: فبما أن الثمن يكون في يده أمانة؛ فلا تصح كفالته، وبه قال الحنفية[٦].

٩- لو أعطى أحد آخر نقودًا من مال الصغير الذي له الوصاية عليه، وكفل عنه بالمال للصبي؛ فلا تصح كفالته، وبه قال الحنفية[٧].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٧٥٦/١.
(٢) انظر: مغني المحتاج ٢٠٥/٣.
(٣) انظر: المبسوط ١٠٢/٢٠، مرشد الحيران ١٢٠/١، تبيين الحقائق ٢١/٥، ٥٧٥/٧، حاشية الدسوقي ٣٣٣/٣، شرائع الإسلام في أحكام الحلال والحرام ٩٠/٢.
(٤) انظر: المبسوط ١٠٢/٢٠.
(٥) انظر: المبسوط ١٦٩/١٥.
(٦) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٧٥٦/١.
(٧) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٧٥٦/١.



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٨٨

نص الضابط: الزَّعِيمُ غَارِمٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الزعيم ضمين[٢].

٢- الزعيم غريم[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- الضامن لا يقبل قوله إلا بحجة[٤]. (تكامل).

٢- ليس للكفيل أن يخرج نفسه من الكفالة بعد انعقادها[٥]. (تكامل).

٣- كل دَين صحيح تصح المطالَبة به تصح الكفالة به[٦]. (قيد).

---

(١) هذا الضابط نص حديث نبوي وتمامه: «العارية مؤداة، والدين مقضي، والزعيم غارم» رواه أحمد ٦٢٨/٣٦ (٢٢٢٩٤)، وأبو داود ٢٠٣/٤ (٣٥٦٠)، والترمذي ٥٦٥/٣ (١٢٦٥) وقال: حسن غريب، وابن ماجه٢/٨٠١-٨٠٢ (٢٣٩٨)، والنسائي في الكبرى٥/٣٣٢-٣٣٣ (٥٧٤٩) (٥٧٥٠).

(٢) انظر: جواهر العقود للمنهاجي١/١٤٦، ومثلها قولهم: «الزعيم ضامن»، الإيضاح للشماخي٣/٤٠، معارج الآمال لابن حميد السالمي ١٥/٧٧.

(٣) الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام، المعروف بشرح ميارة ١/١٢٤.

(٤) شرح السير الكبير للسرخسي ٣/٨٧٢، المغني لابن قدامة ٥/٦٤.

(٥) مجلة الأحكام العدلية، المادة ٦٤٠، شرحها درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٧٨٦-٧٨٧، وانظر أيضًا: المبسوط للسرخسي ٢٠/٥٠.

(٦) العناية للبابرتي على الهداية للمرغيناني ٧/١٨٠، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

٤- براءة الأصيل توجب براءة الكفيل[١]. (تكامل).

شرح الضابط:

(الزعيم): هو الكفيل والضامن، ومثله الحميل[٢].

و(الغارم): المؤدِّي لما تحمَّله وضَمِنَهُ.

ومعنى الضابط: أن الكفيل ضامن لما التزمه من مال أو تسليم نفس[٣]؛ وعلى ذلك فمن تَكَفَّل للدائن سدادَ ما له من دين، ثم تقاعس المدين عن الوفاء؛ انتقل الدائن في المطالبة بدينه إلى الكفيل.

وتدخل الكفالة أيضًا في ضمان الأبدان؛ بحيث إذا تقاعس المدين عن الوفاء بدينه، أو كان المكفول عنه مطلوبًا في قضاء، أو عليه حد من الحدود الشرعية؛ ضمن الكفيل إحضار المكفول عنه حضور وقت المطالبة.

ومما يُستفاد من إطلاق هذا الضابط ومن أصله المأثور: أن الكفالة تنعقد وتنفذ بإيجاب الكفيل وحده، ولكن إن شاء المكفول له ردها فله ذلك، وتبقى الكفالة ما لم يردها المكفول له[٤].

وقد قيل في فضل الكفالة: للكفالة عدة محاسن جليلة منها: إزالة خوف الدائن وآلامه من ضياع ماله، وخوف المدين على نفسه، ومن ثم كان للكفيل

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٢١/٥، ٢١٤/١١، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ١٣/٦، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ١٥٦/٤، العناية شرح الهداية للبابرتي ١٩٢/٧، الجوهرة النيرة للحدادي العبادي ٣١٤/١، البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٢٣٠/٦، وانظر أيضًا: مجلة الأحكام العدلية، المادة ٦٦٢.

(٢) القواعد الفقهية بين الأصالة والتجديد لمحمد بكر إسماعيل ص ٢٠٥.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٨/٢٠.

(٤) انظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ٦/٦، مجلة الأحكام العدلية، المادة ٦٢١، وشروحها، ومنها درر الحكام لعلي حيدر ٧٣٩/١-٧٤٠.

يدٌ على الدائن والمدين معًا، والكفالة من هذه الجهة تعد من الأفعال العالية، حتى امتنَّ الله تعالى بها حيث قال: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ [آل عمران: ٣٧]؛ فإنه يتضمن الامتنان على مريم؛ إذ جعل لها من يقوم بمصالحها، ويقوم بها؛ بأن أتاح لها ذلك، وسمَّى نبيًّا بذي الكفل؛ لما كَفَل جماعة من الأنبياء لملك أراد قتلهم[1].

ويجدر التنبيه إلى أن كفيل الكفيل بمنزلة الكفيل في الحكم؛ فيلزمه ما يلزم الكفيل، ويبرأ بما يبرأ به، سواء كانت الكفالة بالمال أو بالنفس[2].

أدلة القاعدة:

١- ورد في القرآن الكريم من الآيات ما يدل على أن من تحمل أمرًا وتكفل حقًّا، أُلزم به، من ذلك قوله تعالى: ﴿سَلْهُمْ أَيُّهُم بِذَٰلِكَ زَعِيمٌ﴾ [القلم: ٤٠]، وقوله تعالى: ﴿وَلِمَن جَآءَ بِهِۦ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا۠ بِهِۦ زَعِيمٌ﴾ [يوسف: ٧٢]، وكان حمل البعير معروفًا عندهم، وشرع من قبلنا شرع لنا إذا ورد في شرعنا ما يقرره[3].

٢- عن ابن عباس، رضي الله عنهما، أن رجلا لزم غريمًا له بعشرة دنانير، على عهد رسول الله ﷺ، فقال: ما عندي شيء أعطيكه، فقال: لا والله لا أفارقك حتى تقضيني أو تأتيني بحميل، فجره إلى النبي ﷺ، فقال له النبي ﷺ: «كم تستنظره؟» فقال: شهرًا، فقال رسول الله ﷺ: «فأنا أحمل له»، فجاءه في الوقت الذي قال

---

(١) انظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٧٢١.

(٢) انظر: المبسوط ١٩/١٦٩، الفتاوى الهندية ٣/٢٦١، درر الحكام لعلي حيدر ١/٧٤٧، المدونة لسحنون ٤/١٠٧، نهاية المحتاج للرملي ٤/٤٥٨.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ١٩/١٦١، أسنى المطالب شرح روض الطالب للأنصاري ٢/٢٣٥.

النبي ﷺ، فقال له النبي ﷺ: «من أين أصبت هذا؟» قال: من معدن، قال: «لا خير فيها»، وقضاها عنه[١].

٣ـ عن سلمة بن الأكوع، رضي الله عنه، أنه ﷺ أُتِيَ بجنازة، فقال: «هل ترك شيئًا؟» قالوا: لا، قال: «هل عليه دَين؟» قالوا: ثلاثة دنانير، قال: «صلوا على صاحبكم» قال أبو قتادة: صلِّ عليه يا رسول الله، وعلي دَيْنُه؛ فصلى عليه[٢].

٤ـ الإجماع على جواز الكفالة، وقد حكى الإجماع على جوازها كثير من الفقهاء، قال القرافي في ذكر أدلة مشروعية الكفالة: «أجمعت الأئمة عليه من حيث الجملة، وإنْ اختلفت في بعض الفروع»[٣].

تطبيقات الضابط:

١ـ لو قال الكفيل بالنفس: (إن غاب عنك المكفول، فأنا ضامن لما عليه)، فغاب المكفول إلى الكوفة ـ مثلا ـ ولم يطلبه الطالب، ثم دفعه الكفيل إليه بعد رجوعه من الكوفة، فالكفيل ضامن للمال؛ لأنَّه علقها بالغَيبة، ولو قال: (قد كفلت لك بنفس فلان)، فإن غاب ولم أوافك، فأنا ضامن لما عليه، فغاب قبل أن يوافي؛ لزمه المال، وهو بمنزلة ما لو قال: (إن غاب قبل أن أوافيك به)، ولو قال: (إن غاب، فلم أوافك به، فأنا ضامن لما عليه)؛ فهذا، على أن يوافيه بعد الغيبة[٤].

---

(١) رواه أبو داود ٣/٢٤٣ (٣٣٢٨)، وابن ماجه ٢/٨٠٤ (٢٤٠٦).

(٢) رواه البخاري ٣/٩٤، ٩٦ (٢٢٨٩)، (٢٢٩٥).

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ٩/١٩٢، تبيين الحقائق ٤/١٥٢، فتح القدير ٧/١٦٣.

(٤) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٦/٢٣٢.

٢ـ إذا ضمن الرجل دين الميت بعد ما يعرفه ويعرف لمن هو، فالضمان له لازم؛ لأنَّ الزعيم غارم[(١)].

٣ـ لو دفع ثوبًا إلى قصار ليقصره، وضمنه رجل، فضمانه باطل في قول أبي حنيفة - رحمه الله - وكذلك مَن يشبهه مِن الصُّنَّاع؛ لأنَّ العين عنده أمانة في يد الأجير المشترك؛ ولهذا لو هلك من غير صنعه؛ لم يضمن، وأما في قول من يُضَمِّن الأجير المشترك ما هلك عنده بسبب يمكن التحرُّز عنه، وهو قول أبي يوسف ومحمد - رحمهما الله - فالكفيل ضامن؛ لأنَّ العين عندهما مضمونة في يد القابض بنفسها، وهو بمنزلة المغصوب في يد الغاصب؛ فتصح الكفالة به[(٢)].

٤ـ لو أن رجلا قال: (عليَّ من المال ما أقر به المطلوب)، فأقر المطلوب بألف ـ مثلا ـ فالكفيل ضامن لها[(٣)]؛ لأنَّ الزعيم غارم.

٥ـ من قال لرجل: (ما ثبت لك قِبَل فلان الذي تخاصمه فأنا به كفيل)، فاستحق قِبَلَه مالا، كان هذا الكفيل ضامنًا له، وكل من تبرع بكفالة لزمته، فإن مات هذا الكفيل قبل ثبات الحق، ثم ثبت الحق بعد موته؛ لزم ذلك في مال الكفيل[(٤)].

٦ـ إذا تكارى الرجل من الرجل دابة (سيارة) ونقده الكراء، ثم أخذ منه كفيلا بالكراء، ثم أفلس المكاري ولم يركب الرجل؛ فعلى الكفيل أن يرد الكراء؛ لأنَّه كفيل للمستكري عن المكاري ما وجب رده من

---

(١) انظر: فتح القدير للكمال بن الهمام ٧/٢٠٤، الأم للشافعي ٧/١١٨.

(٢) المبسوط للسرخسي ٢٠/١٠٢-١٠٣.

(٣) الدر المختار للحصكفي وحاشية ابن عابدين ٥/٢٩٧.

(٤) تهذيب المدونة للبرادعي ٣/٢٦٥، وانظر أيضًا: المدونة الكبرى ١٣/٢٥٩.

الكراء المقبوض وحين أفلس المكاري، ولم يجد المستكري الدابة ليركبها فقد وجب على المكاري رد جميع الكراء، وقد كفل الكفيل بذلك فكان مطالبًا به[1].

مصطفى حسنين عبد الهادي

* * *

(١) المبسوط ٢٠٣/٣٠.

ضوابط باب الغصب



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٨٩

نص الضابط: الأَصْلُ أَنَّ اليَدَ المُتَرَتِّبَةَ عَلَى يَدِ الغَاصِبِ لَهَا حُكْمُ الغَصْبِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل يد تبتني على يد الغاصب فهي يد ضمان[٢].

٢- الأيدي المترتبة على يد الغاصب أيدي ضمان[٣].

٣- كل يد ترتبت على يد غاصب فهي يد ضمان[٤].

٤- الحال الذي هو مساوٍ للغصب في إزالة التصرف حكمه حكم الغصب[٥].

٥- الآخذ من الغاصب وهو عالم بالغصب كالغاصب[٦].

---

(١) انظر: حاشيتي قليوبي وعميرة ٤٢/٣، حاشية الجمل ٤٩٦/٣.

(٢) شرح الوجيز للرافعي ٢٥٢/١١.

(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي ١٥٥/٥، ١٩٣.

(٤) الأشباه والنظائر لابن الملقن ٤٣٢/٢، الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢٥١/٣، وانظر: روضة الطالبين للنووي ١٤٨/٢، الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ٣٤٢/١، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣٤١/٢.

(٥) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٥٥٨/٢.

(٦) النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ٣٩٠/٢.

صيغ ذات علاقة :

١- المغصوب مضمون في يد الغاصب[١]. (تكامل).

٢- كل يد لو ابتني على يد المالك اقتضى أصل الضمان، فإن ابتني على يد الغصب مع الجهل اقتضى قرار الضمان عند التلف[٢]. (عموم وخصوص).

٣- غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب[٣]. (أخص).

٤- المشتري من الغاصب غاصب[٤]. (أخص).

شرح الضابط :

(الغصب) لغة: أخذ الشيء ظلمًا وقهرًا، والاغتصاب مثله، يقال: غصبه منه وغصبه عليه بمعنى واحد[٥]، والمراد به اصطلاحًا: الاستيلاء على مال الغير قهرًا بغير حق[٦].

---

(١) الفروق للكرابيسي ٧٨/٢، وانظر: الحاوي للماوردي ٥٠١/٨.

(٢) انظر: شرح الوجيز ٢٥٢/١١.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٥٨٩/٢ وبألفاظ أخر: «الغاصب من الغاصب غاصب» مواهب الجليل للحطاب ٢٧٤/٥، «اليد الغاصبة يتعلق بها الضمان كأصلها» الإنصاف للمرداوي ١٧٩/٦، «الغاصب من الغاصب يضمن» شرح الكوكب المنير للفتوحي ص ٢٨، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤١٣/١٤.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٥١/١٣، وبألفاظ أخر: «المشتري من الغاصب كالغاصب» الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٢٥١/٣، «المشتري من الغاصب ـ مع العلم ـ بمنزلة الغاصب» انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ٢٣٥/٢.

(٥) انظر: لسان العرب لابن منظور ٦٤٨/١ مادة (غصب)، تاج العروس للزبيدي ٤٨٤/٣ مادة (غصب).

(٦) انظر: بدائع الصنائع ١٤٣/٧، الشرح الكبير للدردير مع الدسوقي ٤٤٢/٢، ٤٥٩، الشرح الصغير وحاشية الصاوي عليه ٥٨١/٣ - ٥٨٣، ٦٠٧ ط دار المعارف، السراج الوهاج للغمراوي شرح المنهاج ص ٢٦٦، الشرح الكبير مع المغني ٣٧٤/٥، ط/ دار الكتاب العربي.

يفيد هذا الضابط: أن الغاصب إذا غَصب شيئًا ضمنه، ثم إذا انتقل هذا الشيء إلى شخص آخَر بأي صورة من صور الانتقال؛ فإن هذا الشخص يضمن المغصوب كذلك ومن صور انتقال المغصوب: أن يقوم الغاصب ببيع المغصوب أو رهنه أو إجارته أو إعارته أو هبته أو إيداعه، فيهلك المغصوب في يد من انتقل إليه، ومن صوره كذلك: أنه قد يحدث تكرار الغصب فيغصب الشيء غاصب آخر.

وهذا عند عامة الفقهاء إجمالا[1]، أما التفصيل فعلى النحو الآتي:

١- يرى الحنفية أنه إذا تصرف الغاصب في المغصوب بالبيع أو الرهن أو الإجارة أو الإعارة أو الوديعة، فللمالك تضمين الغاصب، أو المشتري منه، أو المرتهن، أو المستأجر، أو المستعير، أو الوديع الذي أودعه الغاصب الشيء المغصوب فهلك في يده.

وفي حال تضمين المالكُ الغاصبَ فإن الضمان يستقر عليه، ولا يرجع بشيء على أحد.

أما في حال تضمينه لغير الغاصب، فإما أن يضمِّن المرتهنَ أو المستأجرَ أو الوديعَ أو المشتريَ فحينئذ يرجعون على الغاصب لمطالبته بالضمان؛ لأنَّهم عملوا له، وإما أن يضمِّن المستعير من الغاصب أو الموهوب له، أو المتصدق عليه منه؛ فحينئذ يستقر الضمان عليهم، وإن كانوا جاهلين بالغصب؛ لأنَّهم

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٤٤/٧، ١٤٦، الأشباه مع الحموي ٩٦/٢ وما بعدها، الدر المختار للحصكفي ١٢٦/٥ وما بعدها، ١٣٨/٥-١٣٩، المجلة (م٩١٠)، الشرح الصغير لأحمد الدردير ٥٨٥/٣، ٥٩٠، ٦٠٢، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٢٧٩/٢، السراج الوهاج للفتوحي ص ٢٦٧، المغني والشرح الكبير لابن قدامة ٤١٣/٥-٤١٩، كشاف القناع للبهوتي ١٢٠/٤ وما بعدها، القواعد لابن رجب ص ٢١٧، شرح النيل لأطفيش ٤٤٧/١٥، ٤١/١٧، المحلى لابن حزم ١٥٦/٦، البحر الزخار لابن المرتضى ١٧٩/٥، الروضة البهية للعاملي ٢٩٠/٤.

يعملون في القبض لأنفسهم[١].

٢- فرَّق المالكية بين حالين:

أ- آكل المغصوب: فأوجبوا عليه الضمان مطلقًا، سواء علم بالغصب أو لم يعلم، ووافقهم الإمامية في إيجاب الضمان على الآخذ من الغاصب، ولو كان جاهلا بالغصب.

ب- المشتري من الغاصب ووارثه وموهوب الغاصب: فأوجبوا عليهم الضمان فقط إن علموا بالغصب[٢].

٣- أوجب الشافعية الضمان على الآخذ من الغاصب إن علم بالغصب، ووافقهم في ذلك الحنابلة و الزيدية.

أما إن كان الآخذ من الغاصب جاهلا بالغصب ففرَّق الشافعية بين ما إذا كانت يد الآخذ يد ضمان، كالمستعير والمشتري والمقترض؛ فإن الضمان يلزمه، وبين ما إذا كانت يد الآخذ يد أمانة، كالوديع والشريك المضارب؛ فإن الضمان لا يلزمه[٣].

أدلة الضابط :

١- عموم قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوٓا۟ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ﴾ [النساء: ٢٩].

وجه الاستدلال : أن الغصب من أكل المال بالباطل، وهو حرام، والمال الحرام مضمون ويجب رده.

---

(١) انظر: البدائع ١٤٤/٧، ١٤٦، الأشباه مع الحموي ٩٦/٢ وما بعدها، المجلة (م٩١٠).

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير ٤٥٨/٣، الشرح الصغير له أيضًا ٦٠٥/٣، الروضة البهية ٢٩٠/٤.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٢٧٩/٢، السراج الوهاج ص ٢٦٧، المغني والشرح الكبير ٤١٣/٥ - ٤١٩، كشاف القناع ١٢٠/٤ وما بعدها، القواعد لابن رجب ص ٢١٧، البحر الزخار ١٧٩/٥.

٢- عموم قوله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»[١]، ووجه الاستدلال: أن أموال الناس محرمة لا يجوز الاعتداء عليها بأي صور الاعتداء، ومنها الغصب، فإن اعتُدي عليها فهي مضمونة.

٣- عموم قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[٢]، فرسول الله ﷺ قد رتب الضمان على الأخذ باليد؛ فيكون الأخذ باليد هو سبب الضمان، وقد قرر الأصوليون أن «ترتيب الحكم على الوصف يدل على عليِّة ذلك الوصف لذلك الحكم»[٣].

٤- قاعدة: «التعدي مضمون أبدًا»، وقاعدة: «المتولد من التعدي في حكم التعدي»[٤].

تطبيقات الضابط :

١- لو أعار الغاصب المالَ المغصوبَ لآخر، وسلمه إياه، وكان المغصوب موجودًا في يد المستعير؛ فالمغصوب منه مخير: إن شاء أجاز الإعارة، وإن شاء لم يُجِزْ واسترده من المستعير[٥].

٢- لو أودع الغاصب المال المغصوب عند شخص فهلك، ولو بلا تعد

---

(١) جزء من حديث رواه البخاري ١/٢٤، ٣٣ (٦٧) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١٣٠٥-١٣٠٦ (١٦٧٩) من حديث أبي بكرة الثقفي، رضي الله عنه.

(٢) رواه أبو داود ٤/٢٠٢ (٣٥٥٦)، والترمذي ٣/٥٦٦ (١٢٦٦)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٣٣ (٥٧٥١)، وابن ماجه ٢/٨٠٢ (٢٤٠٠) من حديث الحسن عن سمرة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) أنوار البروق في أنواع الفروق للقرافي ٧/٨٥.

(٤) المنثور في القواعد للزركشي ٢/٣٩٢.

(٥) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٥٩٤.

ولا تقصير؛ فللمغصوب منه الخيار إن شاء ضمَّنه الغاصب، وإن شاء ضمَّنه المستودَع[(١)].

٣- لو غصب عينًا فآجرها فتلفت في يد المستأجر؛ كان للمالك مطالبة المستأجر في الأصح[(٢)].

٤- لو أخذ أحد خاتمًا لآخر تغلبًا ورهنه عند دائنه بلا إذن المالك، وبعد أن رهنه عند دائنه ضاع من يد الدائن، أو تلف قبل إجازة المالك صاحب الخاتم؛ فللمالك تضمين ذلك الشخص فقط، أو تضمين الدائن فقط، أو تضمينهما إياه مناصفة[(٣)].

٥- لو وهب الغاصبُ المغصوبَ فأتلفه المتهب؛ فالأصح استقرار الضمان على المتهب[(٤)].

٦- لو أحدث شخص غير الغاصب شيئًا من النقصان في قيمة المغصوب، كان صاحب المال مخيرًا إن شاء ضمَّن الجاني أي ضمَّن ذلك الشخص، وإن شاء ضمَّن الغاصب[(٥)].

٧- لو أمر الغاصب رجلا بإتلاف المغصوب بالقتل والإحراق ونحوهما، ففعله جاهلا بالغصب، فالمذهب: القطع باستقرار الضمان على المتلف؛ لأنَّ الإتلاف حرام[(٦)].

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٢٧٠.

(٢) انظر: المنثور في القواعد ٣/٢.

(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٥٩٤.

(٤) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين ٢/١٤٩، شرح الوجيز ١١/٢٥٣.

(٥) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٥٩٠.

(٦) انظر: روضة الطالبين وعمدة المفتين ٢/١٤٩.

٨- لو أتلف أحد زوائد المغصوب الحاصلة في يد الغاصب لزمه الضمان[١].

٩- إذا غصب طعامًا فقدمه إلى إنسان ضيافة فأكله؛ فقرار الضمان على الآكل إن كان عالمـاً[٢].

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٥٠٤.

(٢) انظر: شرح الوجيز ١١/٢٥٤.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٩٠

نص الضابط: كُلُّ مَا حَدَثَ فِي يَدِ الغَاصِبِ مِمَّا يَنْتَقِصُ القِيمَةَ كَانَ مَضْمُونًا عَلَيْهِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- النقصان بفوات الوصف أو الجزء مضمون على الغاصب[٢].

٢- يجب ضمان نقصان الغصب إذا انتقص[٣].

٣- إذا طرأ على قيمة المغصوب نقصان بسبب استعمال الغاصب يلزم الضمان[٤].

٤- إن نقص المغصوب في يد الغاصب ضمن النقصان[٥].

---

(١) انظر: المحيط البرهاني لابن مازة ٥/٤٢٩ وأصل العبارة: «كل ما حدث في يد الغاصب مما ينتقص القيمة من عور، أو شلل، أو ما أشبه ذلك؛ كان مضمونًا عليه».

(٢) انظر: مجمع الضمانات لابن غانم ص ١٣٣ وأصل العبارة: «وأما النقصان بفوات الوصف أو الجزء؛ فهو مضمون عليه».

(٣) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي٣/٩١.

(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ٢/٥٥٣.

(٥) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي ٩/٣٢٨.

صيغ ذات علاقة :

١- الأصل رد الحقوق بأعيانها عند الإمكان[١]. (عموم وخصوص).

٢- كما تضمن العين بالغصب تضمن منافعها[٢]. (عموم وخصوص).

٣- ضمان الغصب ضمان جبر الفائت[٣]. (عموم وخصوص).

٤- ضمان الغصب لا يوجب الملك في المضمون[٤]. (عموم وخصوص).

شرح الضابط :

يفيد هذا الضابط أن الغاصب يضمن كل نقصان حدث للمغصوب وهو في يده، وهذا عند الفقهاء بوجه عام، وفيما يلي عرض للتفاصيل الواردة في كتبهم:

١- قسَّم الحنفية النقصان العارض للمغصوب وهو في يد الغاصب إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: النقصان بتراجع السعر بدون تغير في عين المغصوب:

وهذا النقصان ليس موجبًا للضمان أصلا إذا رد الغاصب عين المغصوب إلى مكان الغصب.

---

(١) قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام ٣١٣/١، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) البحر الزخار لابن المرتضى ١٧٧/٥، وانظر ضابط: «زوائد الغصب مضمونة على الغاصب» في قسم الضوابط الفقهية.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ١٥٠/٧.

(٤) المبسوط للسرخسي ٥٢/١١، وانظر قاعدة: «المضمونات: هل تملك بأداء الضمان أم لا؟» في قسم القواعد الفقهية.

القسم الثاني: النقصان بفوات بعض الجزء.

وهذا النقصان موجب للضمان في كل حال، ويقسم إلى وجهين:

الوجه الأول : التقسيم باعتبار المقدار، وهو عبارة عن النقصان الفاحش والنقصان اليسير

(النقصان الفاحش) : هو الذي بلغ ربع قيمة العين أو أزْيَد، فيخير المغصوب منه بين استرداد المغصوب وضمان النقصان، وبين ترك المغصوب للغاصب وضمان كل القيمة.

(النقصان اليسير) : هو الذي لم يبلغ ربع قيمة العين، فيسترد المغصوب منه العين المغصوبة مع تضمين الغاصب النقصان، ولا يجوز فيه ترك المغصوب للغاصب وطلب تمام البدل.

الوجه الثاني : التقسيم باعتبار السبب، وينقسم إلى ثلاث صور:

الصورة الأولى : النقصان الحاصل في المغصوب بفعل الغاصب لا بتغير السعر، مع عدم كون المال من الأموال الربوية: فهنا يلزم الغاصب رد المغصوب، وضمان نقصان القيمة.

الصورة الثانية : النقصان الذي يحصل بفعل آخر في المال المغصوب وهو في يد الغاصب، فصاحبه مخير: إن شاء ضمَّن الغاصب، وإن شاء ضمَّن ذلك الشخص.

الصورة الثالثة : النقصان بآفة سماوية، فلو غصب حيوانًا ومرض وهو في يده، فردَّه إلى المغصوب منه وهو مريض فمات في يده من ذلك المرض؛ ضمن الغاصب قيمة النقصان الذي أورثه إياه المرض، ولا يضمن كل قيمته.

القسم الثالث: هو النقصان الحاصل بفوات الوصف المرغوب الموجود

في عين المغصوب، وهذا النقصان يوجب الضمان في غير الأموال الربوية، أما في الأموال الربوية: كالذهب والفضة والقمح والشعير والملح ونحوها مما تتحقق فيه علة الربا، فيُترك المغصوب منه للغاصب ويُضمَّن كل القيمة، أو يؤخذ المغصوب، وفي هذه الحال لا يُطلب شيء من الغاصب، فلو غصب أحد الحنطة اليابسة وتعفنت وهي في يده؛ كان صاحبها مخيراً إن شاء قبلها عيناً ولم يطلب شيئاً، وإن شاء تركها للغاصب وضمَّنه مثلها.

القسم الرابع: النقصان الحاصل بفوات معنى مرغوب ومعتبر موجود في عين المغصوب.

فلو غصب أحد بلبلا ذا صوت جميل، ثم أصابته علة فذهب صوته وهو في يد الغاصب، فهذا النقصان يوجب الضمان أيضًا[1].

٢- ذهب المالكية إلى أن النقص: إما أن يكون من قِبَل الخالق، أو من قبل المخلوق.

فإن كان من قبل الخالق؛ فليس للمغصوب منه إلا أن يأخذه ناقصًا أو يضمِّن الغاصب، قيمة المغصوب يوم الغصب، وقيل: إن له أن يأخذه ويضمِّن الغاصب قيمة العيب.

وإن كان من قبل المخلوق وبجنايته؛ فالمغصوب منه مخير بين أن يضمِّنه القيمة يوم الغصب ويتركه للغاصب، وبين أن يأخذه ويأخذ قيمة النقص يوم الجناية[2].

---

(١) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٥٥٣.

(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/٣٨٨، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢١٧، الشرح الكبير للدردير ٣/٤٥٣ - ٤٥٤، منح الجليل على مختصر سيدي خليل للشيخ محمد عليش بحاشيته تسهيل منح الجليل ٣/٥٣٧- ٥٣٨.

٣- ذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الغاصب يضمَّن نقص العين المغصوبة إذا كان نقصًا مستقرًا تنقص به القيمة، سواء كان باستعماله أم كان بغير استعماله، فإنه يرد المغصوب، وللمالك على الغاصب أرش النقص مع أجرة المثل؛ لأنَّه نقص حصل في يد الغاصب فوجب ضمانه(١).

٤- ذهبت الزيدية إلى أن الغاصب إن غيَّر العين المغصوبة إلى غير غرض، ضمن أرش النقصان اليسير، وهو النصف فما دون، ولا خيار للمالك، بل يأخذ العين وأرشها، ويخير المالك في النقصان الكثير، وهو ما زاد على النصف، بين أخذ قيمتها صحيحة وبين أخذ عينها مع الأرش(٢).

٥- ذهب ابن حزم إلى أن من غصب شيئًا أو أخذه بغير حق؛ فعليه أن يرده إنْ كان حاضرًا، أو ما بقي منه إن تلف بعضه، ومثل ما تلف منه، أو يرده ومثل ما نقص من صفاته، أو مثله إن فاتت عينه(٣).

٦- ذهبت الإمامية إلى أن الغاصب يضمن ما يحدث من نقص في المغصوب(٤).

أدلة الضابط:

١- عموم قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ ﴾ [النساء: ٢٩]، وجه الاستدلال: أن ما يحدث من نقص في المغصوب من أكل المال بالباطل، وهو منهي عنه، والمنهي عنه يجب تركه.

---

(١) انظر: شرح المحلي مع حاشية القليوبي ٣٩/٣، شرح الشربيني على الإقناع وحاشية البجيرمي عليه: ١٤٠/٣- ١٤١، كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار للحصني ١٨٣/١، المغني بالشرح الكبير لابن قدامة ٣٨٥/٥، كشاف القناع للبهوتي ٩١/٣ وما بعدها.

(٢) انظر: التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ٣٥٦/٥.

(٣) انظر: المحلى لابن حزم ٢٠٨/٦.

(٤) انظر: شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ١٨٨/٣.

٢- عموم قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»[(١)]، وجه الاستدلال: أن يد الغاصب يجب عليها ردُّ ما غصبته، وردُّ ما نقص من المغصوب.

٣- عموم قوله ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»[(٢)].

وجه الاستدلال: أن مال الغير محرم أخذه، ويجب ردُّه وضمان ما نقص منه.

٤- عموم قاعدة: «دفع الضرر واجب بحسب الإمكان».

وجه الاستدلال: أن ما نقصه الغاصب من العين المغصوبة من الضرر الذي يجب دفعه وردُّه إلى صاحبه[(٣)].

٥- لأن المغصوب دخل جميع أجزائه في ضمان الغاصب بالغصب، فما تعذر رد عينه يجب رد قيمته[(٤)].

تطبيقات الضابط:

١- لو غصب العقار فانهدم أو نقص بسكناه ضمنه[(٥)]؛ لأن كل ما يحدث في يد الغاصب مما ينتقص قيمته كان مضمونًا عليه.

---

(١) رواه أبو داود ٤/٢٠٢ (٣٥٥٦)، والترمذي ٣/٥٦٦ (١٢٦٦)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٣٣ (٥٧٥١)، وابن ماجه ٢/٨٠٢ (٢٤٠٠) من حديث الحسن عن سمرة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) جزء من حديث رواه البخاري ١/٢٤، ٣٣ (٦٧) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١٣٠٥-١٣٠٦ (١٦٧٩) من حديث أبي بكرة الثقفي رضي الله عنه.

(٣) المبسوط للسرخسي ١١/٩٤.

(٤) تبيين الحقائق ٩/٣٢٧، مجمع الضمانات ص ١٣٣.

(٥) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٥/٢٢٤-٢٢٥، مجمع الضمانات لابن غانم ص ١٢٦، جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ٢/٩٢.

٢- إذا كان المغصوب قد تغير عند الغاصب، كفاكهة رطبة يبست، فصاحبها بالخيار: إن شاء استرد المغصوب عينًا، وإن شاء ضمَّنه قيمته(١).

٣- لو اغتصب زيتًا فقام بتسخينه على النار، فنقص بسبب ما تبخَّر منه، كان عليه أن يغرم النقصان(٢)؛ لأن كل ما يحدث في يد الغاصب مما ينتقص قيمته كان مضمونًا عليه.

٤- لو قطع أحد من شجر الآخر أغصانًا، يُنظر: فإذا كان النقصان الحاصل فاحشًا ضمن جميع قيمة الشجر، أما إذا لم يكن النقصان فاحشًا ضمن نقصان قيمته فقط(٣).

٥- لو غصب أحد من آخر حيوانه، فقطع عضواً من أعضائه؛ فصاحبه مخير: إن شاء أخذ الحيوان وضمَّنه النقصان، وإن شاء أخذ قيمته وتركه للغاصب(٤)؛ لأن كل ما يحدث في يد الغاصب مما ينتقص قيمته كان مضمونًا عليه.

٦- لو جزَّ الغاصب صوف الغنم يضمنه، وفي كيفية ضمانه ينظر إن لم ينقص من قيمة الغنم شيئًا كان على الغاصب مثل صوفه، وإن نقص كان المالك بالخيار: إن شاء أخذ نقصان الغنم، والصوف للغاصب، وإن شاء أخذ مثل صوفه(٥).

---

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٥٤١/٢.
(٢) انظر: الأم للشافعي ٢٥٩/٣، ٢٦٠.
(٣) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٥٥٦/٢.
(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٥٥٦/٢.
(٥) انظر: مجمع الضمانات ص ١٣٨.

٧- لو عورت عين الحيوان المغصوب، أو هزل، أو طرأ على قيمته نقصان وهو في يد الغاصب كان ضامنًا[١]؛ لأنَّ كل ما يحدث في يد الغاصب مما ينتقص قيمته كان مضمونًا عليه.

٨- إذا شق الغاصب الثوب المغصوب فإنه يضمن نقصان قيمته[٢]؛ لأنَّ كل ما يحدث في يد الغاصب مما ينتقص قيمته كان مضمونًا عليه.

براء الإدلبي

* * *

(١) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٢/٥٢٢.

(٢) انظر: مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٤٧٧، مجمع الضمانات ص ١٣٤.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٩١

نص الضابط: الأَصْلُ أَنَّ مَنَافِعَ المَغْصُوبِ مَضْمُونَةٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- منافع الغصب مضمونة[٢].

٢- المنافع المغصوبة مضمونة[٣].

٣- منافع المغصوب مضمونة على الغاصب[٤].

٤- منافع المغصوب تضمن بالفوات تحت اليد العاديَة[٥].

٥- فوائد المغصوب مضمونة بالغصب[٦].

---

(١) انظر: روضة الطالبين للنووي ٢/١٥٤، شرح الزركشي للخرقي ٤/١٧١، الحاوي للماوردي ٨/١٥٢، مجلة الأحكام الشرعية لأحمد القاري ص ٤٣٤ وأصل العبارة: «منافع المغصوب مضمونة».

(٢) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣١/٧٩.

(٣) القواعد لابن رجب ص ٢١٣.

(٤) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ٧/٣٧٧.

(٥) الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكى ٢/٢٨١.

(٦) شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ٣/١٩٣.

صيغ ذات علاقة :

١- كل من استولى على مال غيره عينًا أو منفعة بغير عقد معه ولا رضا منه؛ فهو ضامن له بمثله أو قيمته[١]. (عموم وخصوص).

٢- منافع الأموال إذا فاتت في يد عادِيَة غصبًا أو شراءً فاسدًا أو غيرهما؛ تجب فيها أجرة المثل، سواء استوفيت أم لا[٢]. (عموم وخصوص).

٣- المغصوب مضمون الأعيان والمنافع والصفات[٣]. (عموم وخصوص).

٤- الأعيان والمنافع تضمن بالقيمة[٤]. (عموم وخصوص).

شرح الضابط :

يفيد هذا الضابط أن المنافع التي ينتفع بها الغاصب من العين المغصوبة مضمونة عليه بأجرة المثل مدة مقامها في يده، سواء استوفى المنافع أم لا.

وهذا عند أكثر الفقهاء[٥]، واعتُمد هذا الرأي في اختيار نص الضابط؛ لأنَّه يمثل رأي أكثر المذاهب الفقهية، مع ما يسانده من قوة الدليل والتعليل.

وذهب المالكية في المشهور عندهم: إلى أن الغاصب يضمن غلة

---

(١) تحرير المجلة لكاشف الغطاء ١٥٩/٢، وانظر قاعدة: «المتعدي ضامن» في قسم القواعد الفقهية.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٦٤/٢.

(٣) انظر: قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبدالسلام ١١٢/٢.

(٤) الاختيارات لابن اللحام ٢٤٠.

(٥) انظر: حاشية القليوبي ٣٢/٣، ١٨٥، روضة الطالبين للنووي ١٣/٥-١٤، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٤٨٦/٢، المغني لابن قدامة ٢٧٢/٥، ٣٧٦، ٢٨٠/٧، كشاف القناع للبهوتي ١١١/٤-١١٢، القواعد لابن رجب ص ٢١٣، المحلى لابن حزم ٢٠٨/٦، البحر الزخار لابن المرتضى ١٧٧/٥، شرح النيل لأطفيش ٤٥١/٢٦، القواعد الفقهية عند الإمامية ٩/٢، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام للحلي ١٢٩/٥.

المغصوب المستعمل، دون غير المستعمل[1].

وذهب الحنفية إلى أن منافع المغصوب غير مضمونة على الغاصب، واستثنى المتأخرون منهم ثلاثة أمور؛ صيانة لها، وهي:

١- مال اليتيم.

٢- مال الوقف.

٣- المال المعدُّ للاستغلال[2].

أدلة الضابط:

أولاً: أدلة القائلين بضمان منافع المغصوب:

١- عموم قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨]، ومنافع المغصوب من الأمانات الواجب ردها إلى أهلها.

٢- عموم قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ﴾ [البقرة: ١٨٨]، وعدم رد منافع المغصوب من أكل المال بالباطل.

٣- عموم قوله ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[3]؛ فعلى الغاصب أداء ما غصب من منافع المغصوب.

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي ٣/٤٤٨.

(٢) انظر: البدائع ٧/١٤٥، حاشية ابن عابدين ٥/١١٦، ١٣١-١٣٢، مجمع الضمانات ٢/٤٩٠، مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٢٩٠، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/٥٦٧.

(٣) رواه أبو داود ٤/٢٠٢ (٣٥٥٦)، والترمذي ٣/٥٦٦ (١٢٦٦)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٣٣ (٥٧٥١)، وابن ماجه ٢/٨٠٢ (٢٤٠٠) من حديث الحسن عن سمرة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

٤- الأصل وجوب الضمان في الغصب[١]؛ فالغاصب يضمن ما غصب، سواء كان المغصوب أعيانًا أو منافع.

٥- لأن المالية قائمة بمنافع الأعيان كقيامها بالأعيان[٢].

٦- لأن منافع الأعيان تبع لها، فإذا ضُمنت العين دخل فيها ضمان المنفعة[٣].

ثانيًا: أدلة القائلين بعدم ضمان منافع المغصوب:

١- قوله ﷺ: «الخراج بالضمان»[٤]، وجه الدلالة: أن الخراج هنا جعل للضامن في مقابلة الضمان، والغاصب ضامن لما غصبه؛ وبناء عليه تكون المنافع له[٥].

٢- الضمان يلزم بسبب الغصب، ولا يجتمع الأجر والضمان[٦].

٣- لا مماثلة بين المنافع والمال؛ لأنَّ المنافع لما كانت أعراضًا ليس لها بقاء؛ فليست متقوِّمة لذاتها، وإنما تحدث شيئًا فشيئًا، وتقدر مقومة بالنظر إلى ورود العقد عليها[٧].

---

(١) روضة القضاة لابن السمناني ٣/١٢٧٦.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكي ٢/٢٨١.

(٣) انظر: الحاوي ٨/١٦٠.

(٤) رواه أحمد ٤٠/٢٧٢ (٢٤٢٢٤)، وأبو داود ٤/١٨٣ (٣٥٠٢)، والترمذي ٣/٥٨٢ (١٢٨٦)، والنسائي ٧/٢٥٤ (٤٤٩٠)، وابن ماجه ٢/٧٥٤ (٢٢٤٣) من حديث عائشة، رضي الله عنها، وقال الترمذي: هذا حديث حسن صحيح غريب.

(٥) انظر: ترتيب اللآلي لناظر زاده ١/٢٥٩.

(٦) انظر: درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٤٠٤.

(٧) انظر: بدائع الصنائع ١٥/٤٦٣، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٤٠٤.

تطبيقات الضابط :

أولاً : التطبيقات المتعلقة بضمان منافع المغصوب :

١- تُضمن بأجرة المثل منفعة الدار المغصوبة ونحوها من كل ما له منفعة[١].

٢- على الغاصب أجر الأرض المغصوبة منذ غصبها إلى وقت تسليمها[٢].

٣- يغرم الغاصب أجرة ما انتفع به من خدمة الدواب المغصوبة[٣].

٤- لو غصب مالا واتجر به فربح؛ لزمه رد المال ورِبحه لصاحبه.

ثانيًا : التطبيقات المتعلقة بعدم ضمان منافع المغصوب :

١- لو سكن أحد في دار آخر مدة بدون عقد إجارة لا تلزمه الأجرة[٤].

٢- لو ربح بدراهم الغصب كان الربح له، ويتصدق به[٥].

٣- إذا غصب دابة فأمسكها أيامًا ولم يستعملها، ثم ردها إلى يد مالكها - لا يضمن أجرتها[٦].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: مغني المحتاج ٩/١٤٩.
(٢) انظر: المغني ٥/٣٨٣.
(٣) انظر: شرح النيل ٢٦/٤٥١.
(٤) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام ٣/٤٠٣.
(٥) مجمع الضمانات ص ١٣٠.
(٦) انظر: بدائع الصنائع ٧/١٤٥.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٩٢

نص الضابط: زَوَائِدُ الـمَغْصُوبِ مَضْمُونَةٌ عَلَى الغَاصِبِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- زوائد المغصوب مضمونة كالمغصوب أصالة[٢].

٢- ضمان الغصب هل يجب في زوائد المغصوب أم لا؟[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- الغصب موجب للضمان[٤]. (أصل للضابط).

٢- التابع تابع[٥]. (معللة).

شرح الضابط:

ينبه بادئ ذي بدء: أن ردَّ عين المال المغصوب إلى صاحبه حق له إذا كان

---

(١) انظر: البناية للعيني ٨/٣٤٢، حاشية البجيرمي ٣/١٧٣.

(٢) انظر: مطالب أولي النهى للرحيباني ٤/٢٩.

(٣) كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٣/٤٠٥.

(٤) الحاوي للماوردي ٨/٢٠٧ وانظر: تكملة البحر للطوري ٨/١٠٤، وانظر قاعدة: «المتعدي ضامن» في قسم القواعد الفقهية.

(٥) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٥٢، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

باقيًا على حاله، وأن الغاصب ضامن له، وإن تلف عنده وجب عليه رد مثله إن كان مثليًّا، كالمكيلات والموزونات والمعدودات والمذروعات، مما لا تتفاوت آحاده تفاوتًا يعتد به وله نظير في السوق، أو رد قيمته إن كان قيميًّا مما تتفاوت آحاده تفاوتًا يعتد به ويندر وجود نظيره في السوق، وأمَّا زوائد المغصوب فقد اختلفوا فيها على النحو التالي:

القول الأول: ذهب الشافعية والحنابلة ومحمد من الحنفية، وهو مذهب الزيدية والظاهرية والإمامية، إلى أن زوائد المغصوب متى تلف شيء منها في يد الغاصب، أو نقص فإنه يكون ضامنًا لها كضمانه للمغصوب أصالة، سواء أكانت متصلة كالسِّمَن، أم منفصلة كثمرة الشجرة وولد الحيوان؛ لأنَّ الغاصب بإمساكه الأصل تسبب في إثبات يده على هذه الزوائد، وإثبات يده على الأصل محظور[1]، وهذا القول جارٍ على معنى الضابط المذكور.

القول الثاني: يرى أبو حنيفة وأبو يوسف: أن زوائد المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تُضمن إلا بالتعدي أو بالتقصير، سواء أكانت منفصلة أم متصلة، فإن تعدى الغاصب على الزيادة، بأن أتلفها أو أكلها أو باعها، أو طلبها مالكُها فمنعها عنه - ضمنها؛ لأنَّه بالتعدي أو المنع صار غاصبًا[2].

القول الثالث: فصَّل المالكية في نوع الزيادة؛ فقالوا: إذا كانت الزيادة متصلة فلا تكون مضمونة على الغاصب، وأما إذا كانت الزيادة منفصلة فهي

---

(١) انظر: المهذب للشيرازي ٣٧٠/١، المغني والشرح الكبير ٣٩٩/٥ وما بعدها، التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ٣٥٤/٥، المحلى لابن حزم ٢٠٨/٦، شرائع الإسلام للحلي ١٢٩/٥، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٣٦/٣١.

(٢) انظر: البدائع ١٤٣/٧، ١٦٠، رد المحتار لابن عابدين ١٤٣/٥، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٣٧/٣١.

مضمونة عليه إن تلفت أو استهلكت، ويجب ردها مع المغصوب الأصلي على صاحبها[١].

القول الرابع: يرى الإباضية: أن الغاصب إن غصب حيوانًا وأنفق عليه حتى زادت قيمته فليس له نماؤه عند الأكثر، ويغرم قيمة ما استغل من المغصوب، كثمار وألبان وأصواف وسكنى دور، ونحوها[٢].

أدلة الضابط:

١- عموم قوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُكُمۡ أَن تُؤَدُّواْ ٱلۡأَمَٰنَٰتِ إِلَىٰٓ أَهۡلِهَا﴾ [النساء: ٥٨].

٢- قول النبي ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[٣].

٣- عموم قوله ﷺ: «لا يأخذن أحدكم متاع أخيه، لا لاعبًا ولا جادًّا، وإذا أخذ أحدكم عصا أخيه فليردها»[٤].

وجه الدلالة من النصوص: دلت النصوص المذكورة على وجوب رد المغصوب، وأنه ضامن له بامتناعه عن الرد، والزيادة تابعة للأصل استنادًا لقاعدة: «التابع تابع» القاضية بأن التابع للشيء في الوجود تابع لذلك الشيء في الحكم[٥].

---

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢/٣١٣، الشرح الكبير للدردير ٣/٤٤٨، شرح الرسالة لابن أبي زيد القيرواني ٢/٢٢٠، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣١/٢٣٦ وما بعدها.

(٢) انظر: شرح النيل لأطفيش ٢٦/٤٥٠-٤٥١.

(٣) رواه أبو داود ٤/٢٠٢ (٣٥٥٦)، والترمذي ٣/٥٦٦ (١٢٦٦)، والنسائي في الكبرى ٥/٣٣٣ (٥٧٥١)، وابن ماجه ٢/٨٠٢ (٢٤٠٠) من حديث الحسن عن سمرة، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٤) رواه أحمد ٢٩/٤٦٠ (١٧٩٤٠) وفي مواضع، وأبو داود ٤/٣٠١ (٥٠٠٣)، والترمذي ٤/٤٦٢ (٢١٦٠) من حديث عبد الله بن السائب بن يزيد، عن أبيه، عن جده، وقال الترمذي: حسن غريب.

(٥) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ١/٥٢.

تطبيقات الضابط :

١- من غصب بقرة وهي حامل ضمنها مع حملها[١].

٢- لو سمنت الدابة في يد الغاصب فزادت قيمتها ضمن الغاصب تلك الزيادة[٢].

٣- إذا استهلك الغاصب لبن الحيوان المغصوب ضمنه[٣].

٤- لو غصب نحلا مع خليته، واستردها المغصوب منه فإنه يأخذ أيضًا العسل الذي حصل عند الغاصب[٤].

٥- لو غصب شجرًا ضمن ما تولد منه من ثمر.

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: التاج المذهب لأحكام المذهب ٥/٣٥٧.

(٢) شرائع الإسلام ٥/١٢٩.

(٣) انظر: مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٤٨٠.

(٤) انظر: مرآة المجلة ليوسف آصاف ١/٤٨٠.

ضوابط أبواب فقه الأسرة (يتبع)

ضوابط باب النكاح

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٩٣

نص الضابط: الأَبْضَاعُ يُحْتَاطُ لَهَا فَوْقَ غَيْرِهَا[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- يحتاط للأبضاع ما لا يحتاط لغيرها[٢].

٢- الأبضاع مختصة بمزيد احتياط[٣].

٣- النكاح مبناه على الاحتياط والتعبد أكثر من غيره[٤].

٤- الأصل في الأبضاع التحريم حتى يتحقق السبب المبيح[٥].

٥- يحتاط في النكاح ما لا يحتاط في غيره من العقود[٦].

صيغ ذات علاقة :

١- الأبضاع أولى بالاحتياط من الأموال[٧]. (أخص).

---

(١) المجموع للنووي ١٤/١٠٣، نهاية المحتاج للرملي ٥/٢٢.
(٢) تحفة المحتاج ٥/٣٠٩، ٤١٨، نهاية المحتاج للرملي ٥/١٢٤.
(٣) نهاية المحتاج ٧/١٧.
(٤) نهاية المحتاج ٣/٤١٢، حاشية الجمل ٣/٣٨.
(٥) نهاية المحتاج ٦/٢٤٩.
(٦) التاج المذهب لأحكام المذهب للصنعاني ٤/١٤.
(٧) نيل الأوطار للشوكاني ٨/٣٢٢ .

٢- يحتاط في النكاح ما لا يحتاط في البيع[١]. (أخص).

٣- حفظ النسل مقصد[٢]. (أعم).

شرح الضابط :

(البُضْع) بالضم : النكاح، وجمعه بُضوع، والمباضعة: المجامعة، وهي البِضاع، وهو كناية عن موضع الغشيان، وقد اختلف فيه: فقيل: هو الفرج، وقيل: الجماع، وقيل: عقد النكاح، يقال: ملك فلان بضع فلانة إذا ملك عقدة نكاحها[٣].

معنى هذا الضابط : أن الشارع الحكيم شدد في الأبضاع، فبنى أمرها على الحظر والتحريم، والاحتياط؛ أخْذًا بالأسباب وحفظًا للأنساب، حتى جعل الاحتياط لها فوق غيرها من العقود؛ لما تختص به من ضرورة حفظ النسل، إحدى كبريات مقاصد الشرع.

صحيح أن النكاح عقد كغيره من العقود التي تلزم بالإيجاب والقبول، إذا توافرت الشروط، وانتفت الموانع، إلا أنه قد يخالفها في جوانب؛ نتيجة ماهيته وطبيعته.

فالشارع قد يتساهل في المعاملات؛ رفعًا للحرج وتحقيقًا للحاجة، ما لا يتساهل في النكاحن فالبيع مثلا يدخله: الغرر اليسير، والخيار، والجزاف، لكن النكاح على عكس ذلك؛ فهو مبني على اليقين المجانب للشك والتخمين.

---

(١) مغني المحتاج ٥/٢، انظر: نهاية المحتاج ٣٧٨/٣.

(٢) انظر: المستصفى للغزالي ص ١٧٤، وانظرها بلفظ: «حفظ النسل مقصد شرعي كلي» في قسم القواعد الأصولية.

(٣) انظر: الصحاح ٤٥/١، لسان العرب لابن منظور ١٢/٨ - بضع.

وهو عبادة أيضًا لتعلق حقوق الله تعالى به، حتى لا يكون للكافر على المسلمة سبيل في نكاح، ولا في إنكاح.

ولتعلق النكاح بطرفي العبادات والمعاملات تردد الفقهاء في إلحاقه بأي الطرفين؟

ومهما يكن فإن النكاح وإن ألحق بطرف، فإن فروعه تبقى متناولة الطرف الآخر، الأمر الذي جعل الفقهاء في مصنفاتهم الفقهية يجعلون «كتاب النكاح» في نهاية العبادات وبداية المعاملات.

أدلة الضابط :

١- قال تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ ۝ فَمَنِ ٱبْتَغَىٰ وَرَآءَ ذَٰلِكَ فَأُو۟لَٰٓئِكَ هُمُ ٱلْعَادُونَ ﴾ [المؤمنون - ٥- ٧، والمعارج - ٢٩- ٣١].

٢- قال تعالى: ﴿قُل لِّلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا۟ مِنْ أَبْصَٰرِهِمْ وَيَحْفَظُوا۟ فُرُوجَهُمْ﴾ [النور: ٣٠].

٣- قال تعالى: ﴿وَٱلْحَٰفِظِينَ فُرُوجَهُمْ وَٱلْحَٰفِظَٰتِ﴾[الأحزاب:٣٥].

وجه الدلالة من الآيات : أن الله تعالى جعل تحريم الفروج أصلا، والحل مستثنى؛ فدل على أن الأصل فيها الحظر، ولا تستحل إلا بنكاح أو ملك يمين[١].

٤- عن عقبة بن الحارث، رضي الله عنه، قال: تزوجتُ امرأة، فجاءتنا امرأة سوداء فقالت: أرضعتكما، فأتيت النبي ﷺ فقلت: تزوجت

---

(١) انظر: بيان الدليل لابن تيمية ص ٥٠٥، وهذا المعنى تظاهرت عليه كتب التفسير أثناء تفسير هذه الآيات.

فلانة بنت فلان، فجاءتنا امرأة سوداء، فقالت لي: إني قد أرضعتكما، وهي كاذبة، فأعرضَ عني، فأتيته من قِبَل وجهه، فقلت: إنها كاذبة، قال: «كيف بها وقد زعمت أنها أرضعتكما، دعها عنك»[(١)].

وجه الدلالة: أن النبي ﷺ أزال النكاح المتيقن بقول امرأة، وما ذلك إلا لأن الأصل في الأبضاع التحريم، وأنها مبنية على الاحتياط؛ فلا يتطرق إليها شك ولا تخمين.

وفي هذا يقول ابن القيم، رحمه الله تعالى، في معرض بيانه لهذا الحديث: «وإنما أبيحت الزوجة بظاهر الحال مع كونها أجنبية، وقد عارض هذا الظاهرَ ظاهرٌ مثله أو أقوى منه، وهو الشهادة، فإذا تعارضا تساقطا، وبقي أصل التحريم لا معارض له، فهذا الذي حكم به النبي ﷺ، وهو عين الصواب، ومحض القياس، وبالله التوفيق»[(٢)].

٥- أجمع المسلمون على أن الفروج لا تباح إلا بنكاح صحيح في الشرع، أو ملك يمين معتبر، وما عدا ذلك فهو باقٍ على التحريم[(٣)].

تطبيقات الضابط:

١- لو اختلطت محرم بنسوة أجنبيات محصورات ولم تعرف منهن؛ فإنه يحرم الزواج منهن جميعًا؛ لأن الأصل فيهن الحرمة، ولو فعَل ذلك

(١) رواه البخاري ٣/١٧٣ (٢٦٥٩) وفي مواضع.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ١/٣٤٠، وانظر: عمدة القاري للعيني ١١/١٦٧.

(٣) نقل الإجماع شيـخ الإسـلام ابن تيمية في بيان الدليل ص ٤٥٩، والعلائي في المجموع المذهب ١/٣٠٤، والحصني في القواعد ص٢٧١.

لم يصح النكاح؛ احتياطًا للأبضاع[١].

٢- إذا اختلف الزوجان في الصداق قبل البناء، فتحالفا، وبعد ذلك وقبل فسخ النكاح رضي أحدهما بما قال الآخر، لم يقبل منه ذلك، ويفسخ النكاح عند المالكية؛ لأنَّ النكاح يحتاط له[٢].

٣- لو قال رجل لامرأته: (أنت طالق فطالق)، وقع طلقتان؛ لأنَّه إنشاء، وهو أقوى من الإخبار مع تعلقه بالأبضاع التي مبناها على الاحتياط[٣].

٤- منع اللجنة الدائمة للإفتاء بالمملكة العربية السعودية وأكثر الفقهاء المعاصرين ومجمع الفقه الإسلامي عقدَ النكاح بواسطة الشبكة العنكبوتية ووسائل الاتصال السمعية البصرية؛ بناء على قواعد الاحتياط في الفروج[٤].

الحسين أحمد درويش

* * *

---

(١) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٦/٢٧٦، غمز عيون البصائر للحموي ١/٣٣٧.
إذا كانت القرية كبيرة، واختلطت محرم بأجنبيات غير محصورات، جاز النكاح منهن، رخصة من الله تعالى؛ لئلا تتعطل مصالح النكاح. انظر: المرجعين المتقدمين مع الجزء والصفحة.

(٢) انظر: التاج والإكليل للمواق ٥/٢٣٣.

(٣) انظر: نهاية المحتاج ٥/٩٧.

(٤) انظر: قرار مجمع الفقه الإسلامي بجدة رقم ٦/٣/٥٤، فتاوى اللجنة الدائمة للإفتاء ١٨/٩١.



رقم القاعدة/الضابط: ١٤٩٤

نص الضابط: النِّكَاحُ مَبْنِيٌّ عَلَى الـمُكَارَمَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- النكاح طريقه المكارمة[٢].

٢- مبنى النكاح على المسامحة والمروءة[٣].

٣- عقد النكاح مقصوده المكارمة والمواصلة[٤].

٤- النكاح مبناه على المساهلة والمسامحة[٥].

٥- الأغلب في النكاح المكارمة دون المكايسة[٦].

---

(١) حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ١٩٥/٣، شرح ميارة لتحفة الأحكام ١٨٨/١، الفواكه الدواني للنفراوي ٣٧/٢، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٠٥/٢، المحصول لابن العربي ١٤٢/١، وانظر: الذخيرة للقرافي ٣٨٦/٤.

(٢) معين الحكام لابن عبد الرفيع ص١٥٢، مواهب الجليل للحطاب ٤٩٧/٣.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢٨٣/٢.

(٤) المنتقى شرح الموطأ للباجي٢٩١/٣.

(٥) عمدة الناظر لأبي السعود ٤١٧/٢، وانظر: التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٤١٥/٢، تبيين الحقائق ١٥١/٢، شرح مختصر خليل للخرشي ٢٦٤/٣.

(٦) الكافي لابن عبد البر ٨٦٥/٢.

صيغ ذات علاقة :

١- النكاح عقد معاوضة[١]. (مكمل).

٢- مبنى النكاح على التعبد والاحتياط أكثر من غيره[٢]. (مكمل).

شرح الضابط :

(النكاح) في اللغة : يُطلق على الوطء، وعلى العقد دون الوطء، ويقال: نكحت المرأة: تزوجت، ونكح فلان امرأة: تزوجها[٣].

وفي الاصطلاح : هو عقد يحل بمقتضاه الاستمتاع بين رجل وامرأة، لا يمنع من نكاحهما مانع شرعي[٤].

و**(المكارمة)** : على وزن مفاعلة، من الكَرَم، وهي أن تهدي لإنسان شيئًا ليكافئك عليه[٥]، والمراد بها في الضابط المسامحةُ، كما ورد في بعض صيغه الأخرى، وتقابلها المشاحة والمكايسة.

ومعنى الضابط : أن النكاح يختلف حكمه عن بقية أحكام عقود المعاوضات المبنية على المشاحة والمضايقة، فيتسامح فيه من الجهالة والغرر وغير ذلك ما لم يتسامح في غيره من عقود المعاوضات؛ حيث روعي فيه جانب عقود التبرعات التي مبناها على التسامح.

---

(١) المبسوط ١٩١/٤، أحكام القرآن لابن العربي ٥٩٥/٣، وانظر: حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٨١/٣، المغني لابن قدامة ٤٠/٧، ٦٤، البحر الزخار ١٥٠/٤.

(٢) تحفة المحتاج ٢٥٨/٤.

(٣) انظر: المصباح المنير للفيومي ص ٦٢٤.

(٤) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٢٥٨/٢ - ٢٦٠ ط/ دار إحياء التراث العربي، فتح القدير لابن الهمام ٩٩/٣ – ط/ دار إحياء التراث العربي.

(٥) انظر: لسان العرب لابن منظور (كرم).

لكن ربما لوحظ أن النكاح عقد معاوضة من جهة أخرى، بالنظر إلى الصداق وغيره من الحقوق والالتزامات المالية، غير أنه وإن لوحظت فيه المعاوضة في هذا الجانب، إلا أنها في الحقيقة ليست معاوضة محضة، بل هي معاوضة على صفات مخصوصة، وإجارة مباينة للإجارات[١].

فهو بلا شك، عقد معاوضة، لكن جانب المكارمة فيه مغلب على جانب المكايسة، كما صرحت به الصيغة الأخرى: «الأغلب في النكاح المكارمة دون المكايسة».

ويتجلى الفرق بينه وبين سائر المعاوضات في المقصد؛ إذ المقصود منه ليس هو العوض، وإنما هو السكن والازدواج، بينما سائر المعاوضات المقصود فيها هو العوض[٢]؛ فتحقق الفرق.

وتظهر أهمية هذا الضابط في كونه يتماشى وروح المقصد الشرعي من النكاح جملة وتفصيلا.

فالزواج من أعظم الروابط الاجتماعية، بل يعتبر سنامها، حيث يجمع بين المودة والرحمة، وهما مقصدان يتشوف الشارع إلى تحقيقهما بين الناس، فكانت العلاقة الزوجية هي صاحبة النصيب الأكبر، قال تعالى: ﴿وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾ [الروم: ٢١]؛ لهذا روعيت في أحكامه المقاصد.

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾ [النساء: ٤].

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٥٩٦/٣، الروضة البهية للجبعي ص٥ الفصل السادس في المهر.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٣٧/٧.

وجه الاستدلال من الآية: أن الصداق حق للمرأة، ولما تقرر ملكها له بقبضها إياه، جاز لها أن تهبه للزوج بعد ذلك؛ لأنَّ مبنى النكاح على المكارمة[1].

٢- قوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم: ٢١].

وجه الاستدلال من الآية: أن الزواج من أعظم أواصر المحبة والارتباط؛ لهذا جعل الله للأزواج فيه (مودة): يتوادون بها، ويتواصلون من أجلها، و(رحمة): يتراحمون بها، فيعطف بعضهم على بعض[2]، فكان من المناسب أن يبنى أمره على المكارمة والمواصلة والمسامحة والمساهلة.

٣- قوله تعالى: ﴿وَأْتَمِرُوا۟ بَيْنَكُم بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٦]، ووجه الاستدلال من الآية: هذا خطاب للرجال والنساء، والمعنى أن يأمر كل واحد صاحبه بخير من المسامحة والرفق والإحسان[3]، مما يدل على أن النكاح مبناه على المسامحة والمكارمة والمواصلة.

تطبيقات الضابط:

١- النكاح يحتمل الجهالة اليسيرة مما لا يفضي إلى المنازعة، مثل جهالة مهر المثل؛ لأنَّ مبنى النكاح على المسامحة والمروءة[4].

---

(١) انظر: التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور، تفسير سورة النساء، الآية (٤).

(٢) انظر: تفسير الطبري، سورة الروم الآية (٢١).

(٣) التسهيل لعلوم التنزيل لابن جزي، تفسير سورة الطلاق، الآية (٦).

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢/٤١٩.

٢- إذا تزوج رجل بامرأة على أن يكون المهر من جنس حيوان، كجمل أو فرس أو بقرة، ولم يصفه لها بجودة أو رداءة أو وسط من ذلك، فالتسمية صحيحة، ولها الوسط من ذلك، أو قيمته، حسب ما يختاره الزوج[١]، ومثل الحيوان في ذلك العروض الأخرى، كالثياب والسيارات وغيرها، مما له جنس وصفة، لا يؤثر صحة العقد، فهذا الغرر اليسير الحاصل بجهل الصفة؛ لأن النكاح مبني على المسامحة والمساهلة.

٣- العادة في المهور أن يتسامح فيها: فيجوز النكاح من غير تسمية المهر، وهو المسمى بالتفويض، كما لا يضر في المهر جهل الزيادة، وتكفي مشاهدته إن كان حاضرًا، ولو جهل مع ذلك كيله أو وزنه، ويجوز أيضًا مهر المثل مع الجهالة اليسيرة، كجهالة الوصف؛ لأن مبنى النكاح على المكارمة والمواصلة والمساهلة[٢]؛ وعلى هذا ما لو أصدق زوجته ثمرة على رؤوس النخل قد بدا صلاحها فأصابتها جائحة؛ فليس للزوجة قيام بها على الزوج؛ لأن النكاح مبني على المكارمة[٣].

٤- إذا تقرر أن صداق المرأة ألفٌ، ثم قالت للزوج: أنا أسقط لك مائتين على أن لا تتزوج عليَّ، أو على أن لا تتسرى أو نحو ذلك، فالمشهور أنها لا ترجع عليه بشيء إن خالف شرطها، ووجَّهه الشيخ

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٣٠٩/١، نصب الراية للزيلعي ٣٧٩/٣، فتح القدير ٣٥٤/٣- ٣٥٥.

(٢) انظر: المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي٢٩١/٣، تحفة المحتاج ٣١٨/٧، البجيرمي على شرح الخطيب ٣٦٧/٣، شرح النيل وشفاء العليل ١٥٢/١١، شرائع الإسلام للحلي ٢٦٨/٢.

(٣) شرح مختصر خليل للخرشي ١٩١/٥.

أبو الحسن المشهور بأن النكاح مبني على المكارمة، فكل ما أسقطتْ قبل العقد كأنه لا وجود له[١].

٥- الزوج إذا طالبته زوجته قبل الدخول عليها بالصداق، فادعى العدم ولم تصدقه ولا أقام بينة وليس له مال ظاهر، فإنه يؤجله الحاكم لإثبات عسرته ثلاثة أسابيع؛ لأنَّ النكاح مبني على المكارمة، فيكارم الزوج بأن يؤجل ثلاثة أسابيع قبل أن يحبس مع جهل حاله[٢].

٦- من نكح امرأة وهي في بيت تملكه بإيجار، أو يملكه أحد أبويها، فدخل بها فيه حتى انتهت المدة الزمنية للإيجار، فلا حق لها على الزوج في دفع مبلغ الإيجار، ما لم تشترط عليه ذلك مسبقًا؛ إذ العادة جرت أن هذا يكون على المكارمة، والنكاح مبني على المكارمة[٣].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: فتح العلي المالك لعليش ١/٣٣٧.

(٢) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي مع حاشية العدوي ٣/٢٥٩.

(٣) انظر: مواهب الجليل ٥/٤٤٦، شرح مختصر خليل للخرشي ٧/٥٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٩٥

نص الضابط: يَنْعَقِدُ النِّكَاحُ بِمَا عَدَّهُ النَّاسُ نِكَاحًا، بِأَيِّ لُغَةٍ وَلَفْظٍ كَانَ[1].

صيغ أخرى للضابط:

١- النكاح ينعقد بكل لفظ يدل عليه[2].

٢- يصح النكاح بكل لفظ ساغ بعُرف[3].

٣- كل نكاح المعتبر في انعقاده ما دل على معناه، لا صيغة مخصوصة[4].

صيغ ذات علاقة:

١- العادة محكَّمة[5]. (أعم).

٢- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني[6]. (أعم).

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤٥٠، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى للرحيباني٥/٤٨، كشاف القناع للبهوتي ٥/٣٨، الفروع لابن مفلح ٥/١٦٩، الإنصاف للمرداوي ٨/٤٥.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٠/٥٣٤.

(٣) انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٦/٢٤٩.

(٤) البهجة للتسولي ١/٢٤٣.

(٥) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٦) درر الحكام شرح مجلة الأحكام لعلي حيدر ١/٢١ المادة رقم (٣)، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

٣- العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل[١]. (أعم).

شرح الضابط :

هذا الضابط يتعلق بالألفاظ التي يتم بها إجراء عقد النكاح من قِبل العاقدَين.

وهذه الألفاظ، أو ما يعبِّر عنها بالصيغة، ركن من أركان النكاح، فلا يصح إلا بها[٢].

ومعنى الضابط : أن عقد النكاح يصح من قِبل العاقدَين، بكل لغة اعتاد الناس استعمالها، وبكل لفظ عدُّوه من ألفاظ النكاح، ودل عليه في عرفهم؛ وحينئذ ينعقد النكاح، وتترتب آثاره الشرعية عليه.

وهذا الضابط ذهب إليه ابن تيمية، موسِّعًا دائرة الألفاظ المستخدمة في عقد النكاح، ليندرج تحته كل الألفاظ التي ذكرها الفقهاء في إجراء عقد النكاح، مما كان محل اتفاق أو اختلاف بينهم.

ولقد اتفق الفقهاء على انعقاد النكاح بالألفاظ الصريحة فيه، وهي ألفاظ الإنكاح والتزويج[٣]، واختلفوا فيما عدا ذلك من الألفاظ التي تفيد ملك العين على التأبيد، كـألفاظ الإباحة والهبة والتمليك، فذهب الشافعية والحنابلة وسعيد بن المسيب وعطاء والزهري وربيعة إلى أن النكاح لا يصح بغير ألفاظ

---

(١) انظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣١٤/٥.

(٣) انظر: فتح القدير ١٠٥/٣، الفتاوى الهندية٢٧٠/١، روضة القضاة لابن السمناني٨٦٥/٢، ٨٦٦، بدائع الصنائع ٣١٤/٥، حاشية الدسوقي ٢٢١/٢، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ١٤٠/٣، المغني لابن قدامة٥٣٢/٦، ٥٣٣، البحر الزخار لابن المرتضى ١٨/٤، شرح النيل لأطفيش ٨/٦، المحلى لابن حزم ٤٧/٩، شرائع الإسلام للحلي ٢١٧/٢.

الإنكاح والتزويج[١]، وذهب جمهور الحنفية[٢]، وهو المشهور من مذهب المالكية[٣]، والزيدية[٤]، والإباضية[٥] إلى أن النكاح يصح كذلك بكل لفظ يفيد ملك العين في الحال على التأبيد، كألفاظ البيع والشراء والهبة والملك، بشرط تسمية المهر، وقال الكرخي ينعقد كذلك بلفظ الإجارة، وقصر أهل الظاهر ذلك على أربعة ألفاظ: الإنكاح والتزويج والتمليك والإمكان[٦]، وزاد الإمامية على الراجح عندهم لفظ (متَّعْتُك)[٧].

أدلة الضابط :

١ـ قاعدة: «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني» ودليلها؛ لأنَّ الأصل ودليله، دليل لما يتفرع عنه.

٢ـ قاعدة: «العقود تصح بكل ما دل على مقصودها من قول أو فعل»، ودليلها.

تطبيقات الضابط :

١- لو قال وليُّ المرأة لمريد الزواج من موليته: (زوجتكها)، انعقد الزواج بذلك، سواء سَمى مهرًا أو لم يسم؛ لأنَّ اللغة، والعرف بنوعيه العام

---

(١) انظر: مغني المحتاج ١٤٠/٣، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣٤٤/٢٩، المغني ٥٣٢/٦، ٥٣٣

(٢) انظر: حاشيـــة ابن عابدين ٢٦٩/٢، تبيين الحقائق للزيلعي ٩٨/٢، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١٠٩/٢.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي ٢٢١/٢.

(٤) انظر: البحر الزخار ١٨/٤.

(٥) انظر: شرح النيل ٢٤٩/٦.

(٦) انظر: المحلى لابن حزم ٤٧/٩.

(٧) انظر: شرائع الإسلام ٢١٧/٢.

والخاص مستقران على استعمال لفظ التزويج في عقد النكاح[(١)]، والمقرر بهذا الضابط أن النكاح ينعقد بما عده الناس نكاحًا بأي لغة ولفظ كان.

٢- إذا قال وليُّ المرأة عند إنشاء عقد زواجها للطرف الآخر مريد الزوج: (أنكحتك موكلتي) انعقد العقد بذلك؛ لأنَّ هذه اللفظة مستعملة في إنشاء عقد الزواج لغة وعرفًا[(٢)]، فيصح بها العقد؛ جريًا على هذا الضابط.

٣- إذا قال وليُّ المرأة لمريد الزواج منها: (أعطيتك موكلتي أو جعلتها لك؟) وسميا صداقًا لها، صح العقد؛ جريًا على القول الذي يرى أن لفظ الإعطاء مع تسمية المهر يستعمل في معنى النكاح[(٣)]، والعبرة في الفاظ النكاح بالمقصود والمعنى.

٤- ينعقد النكاح بقول وليٍّ المرأة لمريد الزواج منها: (جوزتك أو أنأحتك، أو زوزتك)، ونحو ذلك من الألفاظ المصحَّفة والمحرَّفة إذا دلَّت على مقصود النكاح ومعناه[(٤)]؛ لأنَّ العبرة بما يدل على معنى عقد النكاح بأي لغة ولفظ كان.

٥- إذا قال وليُّ المرأة لآخر: (أجرتك موكلتي أو رهنتكها أو أعرتكها)؛ لم يصح العقد بهذه الصيغة عند أكثر أهل العلم[(٥)]؛ جريًا على مفهوم الضابط.

---

(١) انظر: البهجة للتسولي ٢٤١/١، الفتاوى البزازية ص ١٠٨، الاختيار للموصلي ٩/٣.

(٢) انظر: مغني المحتاج ١٤٠/٣، المغني ٥٣٢/٦.

(٣) انظر: خلاصة الفتاوى لافتخار الدين البخاري ١١٥/١، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١٠٩/٢.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٢٢٦/٤، شرح منتهى الإرادات ٦٣٢/٢.

(٥) انظر: فتح القدير ١٠٥/٣، الفتـــاوى الهندية ٢٧٠/١، بدائع الصنائع ٣١٤/٥، حاشية الدسوقي ٢٢١/٢، مغني المحتاج ١٤٠/٣، المغني٥٣٢/٦، ٥٣٣، البحر الزخار١٨/٤، شرح النيل ٨/٦، المحلى ٤٧/٩.

٦- لا ينعقد النكاح بلفظ الوصية؛ لأنَّ الوصية تفيد ملكًا مضافًا إلى ما بعد الموت، فلفظ الوصية لا يدل على معنى النكاح[١]؛ فلا ينعقد به؛ جريًا على مفهوم الضابط.

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: العناية للبابرتي ٣/١٩٦، ١٩٧.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٩٦

نص الضابط: حُقُوقُ النِّكَاحِ لا تَتَعَلَّقُ بالعَاقِدِ، وإنّما تَتَعَلَّقُ بالـمَعْقُودِ لَهُ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الحقوق في النكاح ترجع إلى المعقود له، لا إلى العاقد[٢].

٢- حقوق العقد في باب النكاح ترجع إلى من وقع له العقد، لا إلى العاقد[٣].

٣- حقوق العقد في النكاح تتعلق بالآمر دون العاقد[٤].

٤- حقوق العقد لا تتعلق في النكاح بالوكيل[٥].

---

(١) التجريد للقدوري ٦/٣١٣٦.

(٢) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ١/٣٦٦.

(٣) الذخيرة البرهانية لابن مازة ٨/١٣.

(٤) المبسوط للسرخسي ٩/٩، وفيه ٤/٢٢٧ «حقوق العقد في النكاح لا تتعلق بالعاقد»، وفي شرح أدب القاضي لابن مازة ٤/١٣٥: «حقوق العقد في باب النكاح لا ترجع إلى العاقد» وفي بدائع الصنائع للكاساني ٣/١٣٦: «حقوق العقد لا تتعلق بالعاقد في النكاح».

(٥) البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٢٥.

صيغ ذات علاقة:

١- الحقوق تتعلق بالموكِّل في النكاح، وبالوكيل في المعاملات[١]. (مكمل).

٢- حقوق العقد في النكاح ترجع للمعقود له، بخلاف البيع[٢]. (مكمل).

٣- كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكِّله، فإن حقوقه تتعلق بالموكِّل دون الوكيل[٣]. (عموم وخصوص).

شرح الضابط:

موضوع هذا الضابط يتعلق بانعقاد النكاح بالوكالة، ومن تتعلق به حقوق النكاح بعد انعقاد النكاح بصورة الوكالة.

والمراد بـ (العاقد) هنا: وكيل النكاح، سواء كان هو شخصًا واحدًا يقوم بالوكالة عن الزوج والزوجة كليهما، أو كان كل واحد منهما اتخذ لنفسه وكيل على حدة.

والمراد بـ (المعقود له): طرفا النكاح، وهما الزوج، والزوجة.

أما (حقوق النكاح): فهي مثل تسليم الزوجة نفسَها إلى الزوج، ودفع الزوج للمهر، والنفقة الزوجية، ونحو ذلك من الحقوق التي تجب على كل من الزوجين، ويمكن المطالبة بها قضائيًّا من طرف كل منهما تجاه الآخر.

ومفاد الضابط: أن النكاح كما ينعقد بالأصالة، ينعقد بطريق

(١) انظر: شرح الأزهار لابن مفتاح ٣/٣٣٠.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/١٠٠ وفي البيان للعمراني ١٠/٥٦٢ «حقوق العقد في الشراء تتعلق بالعاقد، وفي النكاح تتعلق بالمعقود له».

(٣) مجمع الضمانات لابن غانم ١/٥٣١.

النيابة بالتوكيل في عقد النكاح؛ لأنَّ تصرف الوكيل كتصرف الموكِّل، فإذا قام (وكيل النكاح) بعقد الزواج فقد انتهت مهمته، فلا يطالَب بعد ذلك بما يترتب عليه من حقوق الزواج، بل ترجع عُهدة تلك الحقوق إلى الزوجين أنفسهما[(١)]

فمثلا في حالة كون الشخص وكيلا من طرف الزوج، لا يجب عليه أن يدفع المهر للزوجة، أو غير ذلك من الحقوق التي تجب على الزوج تجاه زوجته، وهكذا إذا كان وكيلا من طرف الزوجة؛ فلا يجب عليه أن يقوم بتسليم الزوجة للزوج، أو غير ذلك من الحقوق التي تجب على الزوجة تجاه زوجها.

وهذا بخلاف الوكيل في عقود أخرى، كالوكيل في البيع مثلا؛ فإنه يطالَب بالحقوق المترتبة على البيع فمثلا: إن كان هو وكيل من جهة البائع، يطالَب بتسليم المبيع للمشتري، وإن كان وكيلا من جهة المشتري، يطالَب بدفع الثمن للبائع[(٢)].

ومما ينبغي التنبه إليه: أن محل الضابط (أي عدم مطالبة الوكيل بحقوق النكاح)، هو فيما إذا اكتفى الوكيل بتنفيذ مجرد عقد النكاح دون التزام بحق من حقوق النكاح، أما إن حصل منه التزامٌ بشيء من حقوق النكاح، فإنه يطالَب به ويجب عليه أداء ذلك الحق[(٣)]، كما لو التزم وكيل المرأة بدفع المهر، سواء كان هذا الالتزام منه في العقد أو بعده، فإنه يطالَب بهذا الحق ويجب عليه أداء المهر[(٤)]؛ «لأنه جعَل نفسه زعيمًا بالمهر، والزعيم غارم»[(٥)].

---

(١) انظر: شرح الأحكام الشرعية للإبياني ١/٩٣، بدائع الصنائع ٢/٢٣١، الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقي ٣/٣٧٧.

(٢) انظر: شرح الأحكام الشرعية للإبياني ١/٩٣.

(٣) انظر: الأحكام الشرعية لقدري باشا (مادة ٦٠) وشرحه للإبياني ١/٩٣.

(٤) انظر: الأحكام الشرعية لقدري باشا (مادة ٦٠) وشرحه للإبياني ١/٩٣.

(٥) المبسوط ٥/٢٠.

هذا، وللفقهاء تفصيل فيمن تصح وكالته في النكاح وما يشترط في الوكيل في النكاح من الشروط، ومحل ذلك في موضعه من كتب الفقه.

والضابط، وإن كان ورد منصوصًا عليه عند بعض الفقهاء كالحنفية والشافعية والزيدية[1]، إلا أن تطبيقاته موجودة عند غيرهم أيضًا من المالكية والحنابلة، كما سيظهر شيء من ذلك في التطبيقات.

أدلة الضابط:

١- إنَّ نصوص الكتاب والسنة المتعلقة بحقوق الزوجية، تُفيد إسناد تلك الحقوق إلى الزوجين لا إلى غيرهما، فبمقتضى إطلاق تلك النصوص يقال: إن الصور التي يتم فيها النكاح بالوكالة، ينبغي أن تتعلق حقوق النكاح فيها أيضًا بالزوجين لا بالوكيل؛ لأنَّ المطلق يُعمل على إطلاقه ما لم يقيِّده دليل، فمن تلك النصوص على سبيل المثال:

أ- قوله تعالى في مطالبة الزوج بأداء حقوق زوجته: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

ب- قوله تعالى في مطالبة الزوج بأداء المهر، وهو حق للزوجة: ﴿وَءَاتُوا۟ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ نِحْلَةً﴾ [النساء: ٤].

ج- قوله ﷺ في مطالبة الزوج بحق (القَسْم) بين زوجاته إذا كان متزوجًا بأكثر من واحدة: «إذا كان عند الرجل امرأتان فلم يَعْدِل بينهما، جاء يوم القيامة وشِقُّه ساقط»[2].

---

(١) انظر: التجريد للقدوري ٣١٣٦/٦، بدائع الصنائع ١٣٦/٣، حاشية ابن عابدين ١٠٠/٣، البيان للعمراني ٥٦٢/١٠، البحر الزخار ٢٥/٤، شرح الأزهار لابن مفتاح ٣٣٠/٣.

(٢) رواه أحمد ٣٢٠/١٣(٧٩٣٦)، وأبو داود٢/٢٤٢(٢١٣٣)، والترمذي واللفظ له ٤٣٩/٣(١١٤١)، والنسائي ٦٣/٧ (٣٩٤٢)، وابن ماجه ٦٣٣/١ (١٩٦٩) من حديث أبي هريرة، رضي الله عنه.

د- قوله تعالى في مطالبة الزوج بأداء حق النفقة والسكنى للزوجة: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧]، وقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ ۚ وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

هـ- قوله تعالى في مطالبة الزوجات بأداء حقوق أزواجهن: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ بِمَا فَضَّلَ ٱللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَآ أَنفَقُوا۟ مِنْ أَمْوَٰلِهِمْ ۚ فَٱلصَّٰلِحَٰتُ قَٰنِتَٰتٌ حَٰفِظَٰتٌ لِّلْغَيْبِ بِمَا حَفِظَ ٱللَّهُ ۚ وَٱلَّٰتِى تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهْجُرُوهُنَّ فِى ٱلْمَضَاجِعِ وَٱضْرِبُوهُنَّ ۖ فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُوا۟ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ [النساء: ٣٤].

فهذه النصوص تدل بإطلاقها على أن حقوق الزوجية تتعلق بالزوجين أنفسهما، وأنهما هما المطالَبان بها، سواء أكانا عَقَدا النكاح بأنفسهما أصالة، أم تم العقد بينهما بالوكالة.

٢- ضابط: «كل عقد يضيفه الوكيل إلى موكِّله، فإن حقوقه تتعلق بالموكِّل دون الوكيل»[١].

وجه الدلالة: أن الوكيل في النكاح لا يضيف العقد إلى نفسه، بل يضيفه إلى الموكِّل (وهو الزوج أو الزوجة)، فتتعلق الحقوق بالموكِّل لا بالوكيل؛ لأنَّ الوكيل حينئذ بمنزلة الرسول[٢]، و«حقوق

---

(١) مجمع الضمانات ١/٥٣١.

(٢) انظر: المبسوط ٩/٩.

العقد في الرسالة تعود إلى المرسِل ولا تتعلق بالرسول أصلا»[١].

٣ـ ضابط: «كل وكيل وكِّل على شيء فليس له أن يزيد عليه، وإنما ينتهي إلى ما جُعل إليه»[٢].

من الواضح من هذا الضابط أن الوكيل - أيًّا كان - إذا كانت تقتصر مهمته على تنفيذ ما تم توكيله به، ولا يُطالَب بما وراء ذلك من حقوق العقد، فيدخل في ذلك (الوكيل في النكاح) أيضًا؛ حيث لا يطالَب بالحقوق المترتبة على عقد النكاح؛ لأنَّها زيادة على تكليفه بتنفيذ العقد.

تطبيقات الضابط:

١- لا يحق للزوجة أن تُطالِب وكيل الزوج بالمهر، بل المطالَب به هو الزوج؛ لأنَّ المهر من حقوق الزوجة على الزوج، وحقوق النكاح تتعلق بمن وقع له العقد لا بالوكيل[٣].

٢- إذا وكَّل الأب من يعقد نكاح ابنته البِكر، فليس للوكيل أن يقبض الصداق إلا أن يكون الأب جَعَل ذلك له في الوكالة[٤].

٣- لا يحق للزوج أن يطالِب وكيلَ المرأة بتسليمها للزوج، بل المطالَب بذلك هي الزوجة؛ بناء على أن تسليم الزوجة نفسَها للزوج، هو من حقوق النكاح، وحقوق النكاح ترجع إلى من وقع له العقد لا إلى الوكيل[٥].

---

(١) انظر: البدائع ٦/٣٣، الهداية للمرغيناني ٣/١٣٨، مجلة الأحكام العدلية م/١٤٦٢.
(٢) الكافي لابن عبد البر ١/٢٣٠.
(٣) انظر: شرح الأحكام الشرعية للإبياني ١/٩٣.
(٤) الكافي لابن عبد البر ١/٢٣٠.
(٥) انظر: شرح الأحكام الشرعية للإبياني ١/٩٣.

٤- يصح كون الشخص الواحد وكيلا في النكاح من جهة الزوجين كليهما، فيقوم بالإيجاب من طرف أحد الزوجين، وبالقبول من الطرف الآخر؛ لأنَّ حقوق العقد لا تتعلق بالوكيل، بل تتعلق بالعاقدَيْن (أي الزوج والزوجة) وهما شخصان مختلفان، فيستقل كل منهما بعُهدة الحقوق التي تتعلق به(١).

٥- إذا حلف الزوج أنه لا يطلِّق امرأته، فأمَر رجلا بتطليقها، فطلَّقها، حنث الزوج؛ لأنَّ المُوقِع للطلاق هو الزوج، ولكن بعبارة الوكيل، وحقوق العقد في الطلاق لا تتعلق بالعاقد وهو الوكيل المأمور، بل هو معبِّر عن الآمِر، فكأن الآمِر هو الذي طلَّق بنفسه(٢).

٦- من حقوق النكاح: النفقة الواجبة للزوجة، وتشمل: الطعام والكسوة والمسكن وكل ما لا غنى للزوجة عنه(٣)، ويطالَب بذلك كله الزوج المعقود له النكاح، لا الوكيل في النكاح.

٧- إذا احتاجت المرأة إلى خادمة، كأن تكون المرأة من ذوات الأقدار، وممن لا يليق بها خدمة نفسها، أو كانت مريضة تحتاج إلى من يقوم على شؤون خدمتها، فمن حق الزوجة على زوجها إذا كان ميسور الحال أن يهيئ لها خادمة بأجرتها ونفقتها؛ لأنَّ ذلك بالمعاشرة بالمعروف التي أَمَر الله تعالى بها في النكاح(٤)، وبما أن هذا الأمر من

---

(١) انظر: البحر الزخار ٤/٢٥.

(٢) انظر: المبسوط ٩/٩.

(٣) انظر: الهداية ٢/٣٩، الفتاوى الهندية ١/٥٤٤، التاج والإكليل للمواق ٤/١٨١، مغني المحتاج للشربيني ٣/٤٢٦، كشاف القناع للبهوتي ٥/٤٦٠.

(٤) انظر: البدائع ٤/٢٤، الفتاوى الهندية ١/٥٤٧-٥٤٨، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/٥١٠، مغني المحتاج ٣/٤٣٢، كشاف القناع ٥/٤٦٣.

حقوق النكاح؛ فيطالَب به الزوج لا الوكيل في النكاح؛ لأنَّ حقوق النكاح تتعلق بمن عُقِد له النكاح لا بالوكيل العاقد.

د. محمد يحيى بلال منيار

***

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٩٧

نص الضابط: كُلُّ شَرْطٍ فِي النِّكَاحِ يُنَافِي مُقْتَضَى العَقْدِ فَهُوَ بَاطِلٌ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل شرط يخالف مقتضى النكاح يلغو الشرط ويصح النكاح بمهر المثل[(٢)].

٢- النكاح مما لا يبطل بالشروط الفاسدة، بل يبطل الشرط ويصح هو[(٣)].

٣- كل شرط خالف حكم العقد يبطل الصداق دون النكاح[(٤)].

٤- عقد النكاح لا تفسده الشروط التي لا يوجبها العقد[(٥)].

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٧/٧٢ ونص عبارته: «فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها؛ لأنَّها تنافي مقتضى العقد» كشاف القناع ٥/٩٨، مطالب أولي النهى للرحيباني ٥/١٣٠، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٤، نيل الأوطار ٦/١٧١، البحر الزخار ٤/٣١، شرح النيل ٦/٢٨٤، الروضة البهية ص ٥ اشتراط ما يوافق به الشرع في عقد النكاح.

(٢) عون المعبود للعظيم آبادي ٦/١٧٧.

(٣) فتح القدير لابن الهمام ٣/٣٥.

(٤) الحاوي للماوردي ١٢/٥٠٦.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٣/٤٣٠.

صيغ ذات علاقة :

١- كل شرط للمرأة ولها فيه منفعة ولا يمنع مقصود النكاح؛ فهو صحيح لازم[١]. (مكمل).

٢- كل شرط ينافي مقتضى العقد فهو باطل[٢]، إلا إذا كان فيه مصلحة للعاقد[٣]. (أعم).

شرح الضابط :

(العقد): جمع عقود، وهو لغة: العهد، واصطلاحًا: اتفاق بين طرفين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه، كعقد البيع، والزواج[٤].

والعقود من أكثر المسائل التي تختص بالشروط؛ لحرص كل فرد على مصلحته ونفعه فيها، مما ينشأ عنه كثير من الخصومات والمرافعات قضائيًّا، فكان لابد من أن تضبط هذه الشروط أولا، ثم تصنف إلى ما هو صحيح معتبر، وإلى ما هو فاسد ملغى.

ولما كان النكاح عقدًا من أعظم العقود خطرًا؛ لما فيه من الحقوق المشتركة بين الخالق والمخلوق، حتى تميز عن سائر العقود بأنه يحتاط فيه أكثر من غيره؛ كان الضابط ذا أهمية كبرى في النكاح لمـَّا كان للعقود مقتضى تقتضيه، ومقصدًا تحتويه، وكان من اللازم لها مراعاة المقتضى والمقصد؛ فإن الشرط في النكاح لابد أن يكون خاليًا مما ينافي مقتضى عقده، ومقصد وضعه،

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٧/٧١، الكافي لابن قدامة ٣/٥٥، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤٦٣، الفتاوى الهندية ١/٣٠٧، شرح النيل ٦/٢٨٥، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٢) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٧٧، وانظرها في قسم القواعد الفقهية بلفظ: «كل شرط يخالف مقصود العقد فهو باطل».

(٣) المرجع نفسه ٤/٧٧.

(٤) انظر: القاموس الفقهي لغة واصطلاحا لسعدي أبو جيب ص ٢٥٥.

وإلا عاد على نفسه أو على أصله بالبطلان كما سيأتي.

وهذا هو موضوع الضابط الذي بين أيدينا؛ حيث يقرر أن الشرط في النكاح إذا كان مناقضًا للمقصود من العقد لم يعمل به.

وهو ما صرح به ابن تيمية، رحمه الله تعالى، مبينًا لمذاهب الفقهاء في ذلك، وقيدا بطلان الشرط بأن لا تكون فيه مصلحة للعاقد، فقال: «كل شرط ينافي مقتضى العقد فهو باطل إلا إذا كان فيه مصلحة للعاقد.

وذلك أن نصوص أحمد تقتضي أنه جوز من الشروط في العقود أكثر مما جوزه الشافعي، فقد يوافقونه في الأصل ويستثنون للمعارض أكثر مما استثني، كما قد يوافق هو أبا حنيفة ويستثني أكثر مما يستثني للمعارض، وهؤلاء الفرق الثلاثة يخالفون أهل الظاهر، ويتوسعون في الشروط أكثر منهم؛ لقولهم بالقياس والمعاني وآثار الصحابة، رضي الله عنهم، ولما قد يفهمونه من معاني النصوص التي ينفردون بها عن أهل الظاهر، ويتوسعون في الشروط أكثر منهم»[(١)].

وإذا تأملنا عبارة الفقهاء في هذا، نجد أن كل واحد منهم ينحو في الشروط المنافية لمقتضى عقد النكاح منحى خاصًا، يضبط به ما يؤثر من تلك الشروط في نفسه فيلغو دون أصله، وما هو مؤثر مطلقًا.

فالحنفية عندهم أن الشروط الفاسدة في النكاح باطلة في نفسها لا تأثير لها في عقد النكاح، وذلك مراعاة لقاعدتهم في الشروط الفاسدة، وهي أن ما يفسد العقد من أصله هو الشروط المختصة بالمبادلة المالية من باب الربا المنهي عنه شرعًا، والربا لا يكون إلا في المعاوضات المالية لا غير؛ لأنَّ الربا هو الفضل الخالي عن العوض، وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، فيكون فيها فضل خالٍ عن العوض وهو الربا، ولا يتصور ذلك في

(١) الفتاوى الكبرى ٤/٧٧.

المعاوضات غير المالية، ولا في التبرعات، بل يفسد الشرط ويصح التصرف، والنكاح من جملة المعاوضات غير المالية، فلا تأثير للشرط الفاسد فيه، بل يصح النكاح، ويبطل الشرط[١].

وتقترب الظاهرية من الحنفية في ذلك: فلا يصح عندهم نكاح على شرط أصلا، حاشا الصداق الموصوف في الذمة، أو المدفوع، أو المعين، وعلى أن لا يضر بها في نفسها، أو مالها؛ لأنَّ ذلك داخل في الأمر بالإمساك المعروف أو التسريح بالإحسان، أما غير ذلك من الشروط ففاسد كله.

إلا أنهم يخالفون الحنفية في تأثير الشروط في عقد النكاح، حيث يفسد العقد عندهم إذا اشترطت في صلبه تلك الشروط، أما إذا اشترطت بعده، فالعقد صحيح والشروط كلها باطلة[٢].

ويفرق الشافعية بين الشرط المخل بمقصود النكاح الأصلي الذي هو الوطء أو الاستمتاع، كاشتراط أن لا يطأ، وبين غيره من الشروط غير المخلة بالمقصود الأصلي، كأن لا يتزوج عليها، أو لا ينفق عليها؛ فيبطل عندهم النكاح في الأول، ويصح في الثاني ويبطل الشرط[٣].

والشرط المؤثر عند الحنابلة: إما مبطل للنكاح وهو: الشغار، والمتعة، والتحليل، إن كان ذلك على شرط؛ لورود النهي عن ذلك من الشارع.

أما ما يبطل معه الشرط ويصح النكاح فهو غير ذلك من الشروط الفاسدة، كشرط الخيار، وأن لا نفقة لها، ولا مهر[٤].

---

(١) انظر: رد المحتار ٥/٢٤٠- ٢٤١، فتح القدير ٦/٤٤١، تبيين الحقائق ٤/١٣٤.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٩/١٢٣.

(٣) انظر: حاشيتي قليوبي وعميرة ٣/٢٨١.

(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي ٨/١٥٩- ١٦٦.

وأما الزيدية، والإمامية والإباضية فهم مع الحنفية في ذلك:

ففي البحر الزخار: «يلغو شرط خلاف موجبه، كعليه أن لا يخرجها، أو لا ينفق عليها، أو لا مهر لها، أو لا يطأها»[1].

وفي شرح النيل: «لو اشترطت المرأة على زوجها عند العقد شرطًا مناقضًا للعقد، لم يلزمه، وبطل الشرط»[2].

وفي الروضة البهية: «لو اشترط في النكاح ما يخالف مقتضاه، صح النكاح، ولغى الشرط»[3].

أما المالكية: فقد ذهبوا في ذلك على أصل قاعدتهم في مراعاة الخلاف، فقالوا: إن الشرط المناقض لمقتضى العقد، كشرط أن لا يقسم لها، أو لا ينفق عليها، فهذا النوع من الشروط الفاسدة يؤدي إلى خلل في العقد، فيفسخ النكاح لأجله قبل البناء، ويثبت بعده، ويلغى الشرط[4].

فيتبين مما سبق ذكره من أقوال الفقهاء: أن الضابط جارٍ على رأي الحنفية والزيدية والإمامية والإباضية مطلقًا دون تفصيل؛ حيث لا يبطل الشرط المنافي لمقتضى النكاح العقد، وإنما يبطل الشرط فقط، أما غيرهم فهم متفقون معهم على أن الشرط في النكاح المنافي لموجب العقد يبطل معه الشرط قطعًا، أما بطلان العقد نفسه فهو محل خلاف بينهم؛ نظرًا إلى حقيقة الشرط بصيغته وصفته، فقد يبطل الشرط المنافي عقدَ النكاح في بعض الصور، ولا يبطله في البعض الآخر.

---

(١) البحر الزخار لابن المرتضى ٤/ ٣١.

(٢) شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٦/ ٢٨٤.

(٣) انظر: الروضة البهية ٥/ ٣٦٢ .

(٤) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ٢/ ١٤.

أدلة الضابط :

١- قوله ﷺ: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالا»[١].

وجه الدلالة من الحديث: يؤخذ من الحديث أن الشرط المنافي لمقتضى العقد فاسد ملغى لا يلزم الوفاء به، وقد مثَّل له بعضهم في باب النكاح بقوله: «كأن يشترط أن لا يطأ زوجته»[٢]، وهذا ينافي مقتضى عقد النكاح؛ لأن الوطء مقصود فيه فيبطل العقد لذلك.

٢- عن عائشة قالت: جاءتني بريرة فقالت: كاتبت أهلي على تسع أواقٍ في كل عام أوقية، فأعينيني، فقالت: إن أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي فعلت، فذهبت بريرة إلى أهلها، فقالت لهم؛ فأبوا عليها، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس، فقالت إني قد عرضت ذلك عليهم، فأبوا إلا أن يكون لهم الولاء، فأخبرت عائشة النبي ﷺ فقال: «خذيها واشترطي لهم الولاء، فإنما الولاء لمن أعتق» ففعلت عائشة، ثم قام رسول الله ﷺ في الناس فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «أما بعد، ما بال رجال يشترطون شروطًا ليست في كتاب الله، ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط؛ قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، و إنما الولاء لمن أعتق»[٣].

---

(١) رواه الترمذي ٣/٦٣٤-٦٣٥ (١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٢/٧٨٨ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٣/٢٧ (٩٨)، والبيهقي في الكبرى ٦/٦٥ من حديث عمرو بن عوف المزني، رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علقه البخاري بلفظ: «المسلمون عند شروطهم» ٣/٩٢ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٢/٥٧ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس، رضي الله عنهما، والحديث مروي أيضًا عن غيرهم من الصحابة.

(٢) تحفة الأحوذي ٤/٤٨٤.

(٣) رواه البخاري ٣/٧١ (٢١٥٥)، ومسلم ٢/١١٤١- ١١٤٢ (١٥٠٤) (٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.

وجه الدلالة من القصة: يؤخذ من هذه القصة: أن الشروط المنافية لمقتضى العقود فاسدة الاعتبار والنكاح عقد له مقتضى منطوق به، ومنصوص عليه، أو مفهوم من دلالة المنطوق، وهذا ما أوضحه شيخ الإسلام ابن تيمية، حيث يقول أثناء تطرقه لحجة من رأى هذا الحديث دليلا على عدم اعتبار الشرط الفاسد في العقد، مع صحة العقد: «ولهم من هذا الحديث حجتان:

إحداهما: قوله: «ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل» فكل شرط ليس في القرآن ولا في الحديث ولا في الإجماع فليس في كتاب الله، بخلاف ما كان في السنة أو في الإجماع؛ فإنه في كتاب الله بواسطة دلالته على اتباع السنة والإجماع، ومن قال بالقياس - وهم الجمهور - قالوا: إذا دل على صحته القياس المدلول عليه بالسنة أو بالإجماع المدلول عليه بكتاب الله فهو في كتاب الله.

والحجة الثانية: أنهم يقيسون جميع الشروط التي تنافي مقتضى العقد على اشتراط الولاء؛ لأن العلة فيه كونه مخالفًا لمقتضى العقد؛ وذلك لأن العقود توجب مقتضياتها بالشرع، فإذًا إرادة تغييرها تغيير لما أوجبه الشرع بمنزلة تغيير العبادات، وهذا نكتة القاعدة، وهي أن العقود مشروعة على وجه فاشتراط ما يخالف مقتضاها تغيير للمشروع»[1].

تطبيقات الضابط:

١- إذا اشترط الرجل على المرأة أن لا مهر لها، أو أن لا ينفق عليها، أو إن أصدقها رجع عليها، أو تشترط عليه أن لا يطأها، أو يعزل عنها، أو يقسم لها أقل من قسم صاحبتها أو أكثر، أو لا يكون عندها في

---

(١) الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤/٧٧- ٧٨.

الجمعة إلا ليلة، أو شرط لها النهار دون الليل، أو شرط على المرأة أن تنفق عليه أو تعطيه شيئًا - فهذه الشروط كلها باطلة في نفسها؛ لأنَّها تنافي مقتضى العقد[١]، وكل شرط في النكاح ينافي مقتضى العقد فهو باطل.

٢- لو شرطت الزوجة على الرجل أن لا تسلم نفسها إلا بعد مدة معينة، لم يصح الشرط[٢]؛ لأنَّه شرط ينافي مقتضى عقد النكاح، وكل شرط في النكاح ينافي مقتضى العقد فهو باطل.

٣- الشرط في نكاح الشغار أو المتعة، أو التحليل، باطل؛ لأنَّه ينافي مقتضى عقد النكاح ومقصوده، وهو المهر، السكن، والتوالد، والتعفف، والدوام[٣]، وكل شرط في النكاح ينافي مقتضى العقد فهو باطل.

٤- لو شرط الرجل على المرأة أن لا ترثه، أو اشترطت المرأة عليه أن لا يرثها، أو اشترطا أنهما لا يتوارثان، أو أن النفقة والكسوة على غير الزوج، فالشرط باطل؛ لأنَّه ينافي مقتضى عقد النكاح، وهل يبطل النكاح في ذلك أم لا يبطل؟ خلاف[٤].

٥- اشتراط الخيار في النكاح من أحد الزوجين أو منهما معًا، ولو بالعيوب المثبتة للخيار، يبطل معه الشرط؛ لأنَّه ينافي مقتضى العقد؛

---

(١) انظر: الفواكه الدواني للنفراوي ١٤/٢، مغني المحتاج ٣٧٦/٤- ٣٧٧، المغني لابن قدامة ٧٢/٧، الفروع لابن مفلح ٢١٦/٥- ٢١٧، الروضة البهية ٣٦٢/٥.

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي ١٥٨/٨ .

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٨٧/٣- ١٨٨، فتح القدير ١٨١/٤- ١٨٢، رد المحتار ٤١٥/٣.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٣٧٧/٤، شرح النيل ٦٥٨/١٤.

لأنَّ شأن النكاح اللزوم، ويبطل النكاح أيضًا لذلك عند الشافعية، وعند الحنفية يبطل الشرط ويصح النكاح؛ لأنَّ النكاح عندهم لا يبطل بالشروط الفاسدة[١].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: المبسوط ٩٥/٥، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٨١/٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٩٨

نص الضابط: كُلُّ شَرْطٍ لِلْمَرْأَةِ لَهَا فِيهِ مَنْفَعَةٌ وَلا يَمْنَعُ مَقْصُودَ النِّكَاحِ فَهُوَ صَحِيحٌ لَازِمٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

- شرط المرأة صحيح يلزم الوفاء به[٢].

صيغ ذات علاقة:

١- كل شرط في النكاح فالنكاح يهدمه[٣]. (مخالفة).

٢- كل شرط يخالف مقتضى النكاح يلغو الشرط ويصح النكاح بمهر المثل[٤]. (مكمل).

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٧/٧١، الكافي لابن قدامة ٣/٥٥، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤٦٣، الفتاوى الهندية ١/٣٠٧، شرح النيل ٦/٢٨٥.

(٢) الكافي لابن قدامة ٣/٥٥.

(٣) الأم للشافعي ٥/٧٩-٨٠، المصنف لابن أبي شيبة ٣/٩٢، الحجة للشيباني ٣/٢١١، انظر: المبسوط ٥/٤٣.

(٤) عون المعبود للعظيم آبادي ٦/١٧٧، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «كل شرط في النكاح ينافي المقصود منه فهو باطل».

شرح الضابط :

(الشَّرْط): في اللغة إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه، والجمع شروط، أما في اصطلاح الأصوليين فهو: ما يلزم من نفيه نفي أمر على وجه لا يكون سببًا لوجوده، ولا داخلا في السبب[١].

والمراد بـ (الشرط) في الضابط هو الشرط الجَعْلي[٢]، الذي يشترط فيه أن لا يكون منافيًا لما قرره الشارع[٣].

والضابط الذي هو بين أيدينا يركز على قضية أساسية في عقد النكاح، تكاد تكون مصدر خصومات ونزاعات كبيرة بين الناس، كما هو مشاهد في المحاكم، ألا وهي مسألة الشروط في النكاح بصورة عامة، وشروط المرأة وأوليائها على وجه الخصوص.

والشروط في النكاح مختلفة، فمنها ما يجب الوفاء به اتفاقًا، وهو ما أمر الله تعالى به من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، ومنها ما لا يوفى به اتفاقًا، كشرطها طلاق أختها؛ لما ورد من النهي عنه.

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٣٢٩/٧ (شرط)، الإحكام للآمدي ٣٣٢/٢.

(٢) الشرط نوعان: جعلي، وهو ما كان الاشتراط فيه بحكم الشارع، ووضعي، وهو ما كان الاشتراط فيه من وضع المكلف.

مثال الأول: جميع الشروط التي اشترطها الشارع في الزواج والبيع والهبة والوصية، والتي اشترطها لإيجاب الصلوات الخمس والزكاة والصيام والحج، والتي اشترطها لإقامة الحدود ولغير ذلك.

ومثال الثاني : الشروط التي يشترطها الزوج ليوقع الطلاق على زوجته، والتي يشترطها المالك لعتق عبده، فإن تعليق الطلاق أو العتق على وجود شرط، فإن مقتضى ذلك أن يتوقف وجود الطلاق أو العتق على وجود الشرط، ويلزم من عدمه عدمه، فصيغة الطلاق سبب يترتب عليه الطلاق، ولكن إذا توافر الشرط. انظر: علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ١٢٠ الطبعة الثامنة لدار القلم.

(٣) انظر: شرح المعتمد ٨٨/١.

ومنها ما اختلف فيه، كاشتراط أن لا يتزوج عليها، ولا ينقلها من منزلها إلى منزله[١].

وهذا التقسيم راجع إلى نظر الفقهاء في مقاصد النكاح ودواعيه.

فما كان من الشروط موافقًا لمقصود النكاح فهو صحيح لازم، وما كان مخالفًا لمقصوده فهو ملغى.

غير أن الفقهاء، وإن اتفقوا على مبدأ الموافقة والمخالفة في القصد، إلا أنه لم تتفق عبارتهم في جملة من الشروط؛ حيث جعلها بعضهم من الموافق الذي يلزم الوفاء به، بينما اعتبرها البعض الآخر من المخالف فلا تلزم.

ومن بين تلك الشروط المختلف فيها: شروط المرأة على الرجل في النكاح إذا كانت مما لا يخل بالمقصود منه ولها فيه مصلحة، كشرطها أن لا يتزوج عليها، أو لا يخرجها من بلدها أو منزلها، أو أن لا يسافر بها، أو أن لا يسكنها مع ضرتها... إلخ، وهو موضوع الضابط.

فذهب الحنابلة والزيدية إلى القول بصحة تلك الشروط وإلزامها[٢].

وذهب كل من الحنفية والشافعية إلى صحة النكاح وبطلان هذه الشروط[٣]، مستدلين على ذلك بما يلي:

١- قوله عليه الصلاة والسلام: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل»[٤]، وليس فيه هذه الشروط.

---

(١) سبل السلام ٢/١٨٣.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١١٩/١٩، شرح المنهاج للمحلي ٢٨١/٣.

(٣) انظر: سبل السلام ١٨٤/٢.

(٤) رواه البخاري ٩٨/١ (٤٥٦) وفي مواضع أخر، ومسلم ١١٤٢/٢ (١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها بنحوه، والمذكور لفظ أحمد ٥١٦/٤٢ (٢٥٧٨٧)، والنسائي ١٦٤/٦ (٣٤٥١)، وابن ماجه ٨٤٢/٢ (٢٥٢١).

٢- وقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالا»[١]، وهذه الشروط تحرِّم الحلال، كالتزوج والمسافرة بها والتسري ونحو ذلك؛ فكانت مردودة[٢].

وقريب منهم مذهب الظاهرية حيث يقول ابن حزم: «ولا يصح نكاح على شرط أصلا، حاشا الصداق الموصوف في الذمة أو المدفوع، أو المعين، وعلى أن لا يضر بها في نفسها ومالها: إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وأما بشرط هبة أو بيع أو أن لا يتسرى عليها، أو أن لا يرحلها، أو غير ذلك كله، فإن اشترط ذلك في نفس العقد فهو عقد مفسوخ، وإن اشترط ذلك بعد العقد فالعقد صحيح والشروط كلها باطلة، سواء عقدها بعتق أو بطلاق، أو بأن أمرها بيدها، أو أنها بالخيار، كل ذلك باطل»[٣].

وتوسَّط المالكية في ذلك؛ فرأوا أن هذه الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا ينافيها فهي، وإن كان يستحب الوفاء بها، إلا أنها مكروهة في الجملة؛ لأنَّ الزوج بهذه الشروط لا يملك زوجته مِلكًا تامًّا، ولا يستباح البضع إلا بملك تام، فيكره أن يشترط في ملكه هذه الشروط التي تمنع تمام ملكه[٤].

لكنهم مع ذلك صرحوا بأنها أي الشروط إن اقترن بها تمليك للزوجة، أو يمين طلاق من الزوج إن فعل ذلك؛ فإنها تصير ملزمة، كما إذا حلف الزوج أن لا يتزوج عليها، ولا يتسرى، ولا يخرجها من بلدها، وما أشبه ذلك، فإن

---

(١) رواه الترمذي ٣/٦٣٤-٦٣٥ (١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٢/٧٨٨ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٣/٢٧ (٩٨)، البيهقي في الكبرى ٦/٦٥ من حديث عمرو بن عوف المزني رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علقه البخاري بلفظ: «المسلمون عند شروطهم» ٣/٩٢ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٢/٥٧ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس، رضي الله عنهما، والحديث مروي أيضًا عن غيرهم من الصحابة.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٢/١٤٩.

(٣) المحلى لابن حزم ٩/١٢٣.

(٤) انظر: المنتقى للباجي ٣/٢٩٦، شرح مختصر خليل للخرشي ٣/١٩٦، منح الجليل لعليش ٣/٣٠٣.

خالف فأمرها بيدها، ثم إنه خالف وفعل بعض هذه الشروط، فإن الخيار يثبت للمرأة: إن شاءت تقيم معه، وإن شاءت تقوم بحقها ويقع الطلاق[١]، مما يجعلهم أقرب إلى مذهب الحنابلة والزيدية منه إلى مذهب الحنفية والشافعية.

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾ [المائدة: ١].

وجه الاستدلال من الآية: هو أن العقد في اصطلاح الفقهاء يقع على إنشاء تسليم أو تحمُّل من جانبين، فقد يكون إنشاء تسليم كالبيع بثمن ناضٍ، وقد يكون إنشاء تحمُّل كالإجارة بأجر ناضٍ، وكالسلم والقراض؛ وقد يكون إنشاء تحمُّل من جانبين كالنكاح؛ إذ المهر لم يُعتبر عوضًا، وإنَّما العوض هو تحمُّل كل من الزوجين حقوقًا للآخر، والعقود كلها تحتاج إلى إيجاب وقبول.

والأمر بالإيفاء بالعقود يدل على وجوب ذلك؛ فتعيَّن أنَّ إيفاء العاقد بعقده حق عليه؛ فلذلك يقضى به عليه؛ لأنَّ العقود شرعت لسد حاجات الأُمة، فهي من قسم المناسب الحاجي، فيكون إتمامها حاجيًّا؛ لأنَّ مكمِّل كل قسم من أقسام المناسب الثلاثة يلحق بمكمَّله: إنْ ضروريًّا، أو حاجيًّا أو تحسينًا[٢]؛ ولهذا تناول الأمر بالوفاء بالعقود والعهود تناولا واحدًا إلزام الزوج بما اشترطته عليه المرأة من كل ما فيه مصلحة لها ولم ينافِ مقتضى النكاح، فإن فعل فلها الفسخ[٣].

---

(١) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٣/٢٧٩، التاج والإكليل للمواق ٥/١٩٢

(٢) انظر: التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور، تفسير سورة المائدة، الآية رقم (١): ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾.

(٣) انظر: الفروع لابن مفلح ٥/٢١١- ٢١٢.

٢- قوله ﷺ: «إن أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج»[١].

وجه الاستدلال من الحديث: أن شرط المرأة على الرجل يلزم الوفاء به شريطة أن لا يخالف المقتضى والمقصود من النكاح؛ لهذا قال ابن حجر أثناء شرح الحديث المذكور: «أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح؛ لأن أمره أحوط وبابه أضيق»[٢].

٣- قال النبي ﷺ: «المسلمون على شروطهم، إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالا»[٣].

وجه الاستدلال في الحديث: أن شرط المرأة في النكاح إذا لم يخالف مقصود النكاح، لم يكن مما يحرم حلالا، وإنما يثبت لها خيار الفسخ إن لم يفِ لها به[٤].

٤- وروى الأثرم بإسناده: أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها، ثم أراد نقلها؛ فخاصموه إلى عمر فقال: «لها شرطها» فقال الرجل: إذًا يُطلِّقْنَنَا فقال عمر: «مقاطع الحقوق عند الشروط»[٥].

وجه الاستدلال من الأثر: أن كلمة عمر، رضي الله عنه، تمثل قاعدة في مراعاة الشروط العقْدية والالتزام بها.

---

(١) رواه البخاري ٢٠/٧ (٥١٥١) واللفظ له، ومسلم ١٠٣٥/٢ (١٤١٨) من حديث عقبة بن عامر، رضي الله عنه.

(٢) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٢١٧/٩.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٧١/٧.

(٥) رواه سعيد بن منصور في سننه ٢١١/١ (٦٦٢)، وابن أبي شيبة في مصنفه ٤٥١/٤ (٢٢٠٣١)، والبيهقي في الكبرى ٤٠٧/٧ (١٤٤٣٨)، وعلقه البخاري في صحيحه ٢٠/٧ عن عمر بن الخطاب، رضي الله عنه من قوله.

٥- ولأنه شرط للمرأة فيه منفعة ومقصود ولا يمنع المقصود من النكاح؛ فكان لازمًا، كما لو شرطت عليه زيادة في المهر أو غير نقد البلد، وما كان من مصلحة العاقد كان من مصلحة عقده، كاشتراط الرهن والضمين في البيع[١].

٦- ولأنه شرط لازم في عقد؛ فيثبت حق الفسخ بترك الوفاء به، كالرهن والضمين في البيع[٢].

٧- ولأنها شروط غير منهي عنها؛ فيتعين الوفاء بها[٣].

تطبيقات الضابط :

١- إذا شرطت المرأة زيادة على المنفعة التي تستحقها بمطلق العقد، مثل أن تشترط أن لا يترك الوطء إلا شهرًا، أو أن لا يسافر عنها أكثر من شهر، صح الشرط؛ لأنَّها اشترطت عليه شرطًا لا يمنع المقصود بعقد النكاح، ولها فيه منفعة؛ فيلزم الزوج الوفاء به[٤].

٢- لو شرطت المرأة على الزوج أن لا يتزوج عليها، لزمه الوفاء بذلك[٥]؛ لأنَّها اشترطت عليه شرطًا لا يمنع المقصود بعقد النكاح، ولها فيه منفعة، وعند المالكية يلزم الوفاء به فيما إذا اشترطت عليه تمليكها رقبتها إن فعل، أو حلف لها على ذلك[٦].

---

(١) المغني لابن قدامة ٧/٧١.

(٢) المغني ٧/٧١.

(٣) انظر: الفروع لابن مفلح ٥/٢١١- ٢١٢، إعلام الموقعين لابن القيم الجوزية ١/٢٣٦، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/١٣٢، نيل الأوطار للشوكاني ٦/١٧٠، سبل السلام للصنعاني ٢/١٨٤.

(٤) انظر: الفروع ٥/٢١١- ٢١٢، الاختيارات لابن اللحام ١/٢١٩- ٢٢٠.

(٥) انظر: الكافي لابن قدامة ٣/٥٥.

(٦) انظر: التاج والإكليل ٥/١٩٢- ١٩٣.

٣- إذا اشترطت المرأة على زوجها أن لا يسافر بها ولا ينقلها عن بلدها، لزمه الوفاء به[١]؛ لأنَّه شرط لا يمنع المقصود من عقد النكاح، وللزوجة فيه مصلحة، وعند المالكية يلزم إذا كان بصيغة تمليك أو يمين[٢].

٤- لو اشترطت امرأة على رجل أنه إن تزوج عليها أو تسرى بلا علمها أخذت أمرها وطلقت نفسها، ففعل ذلك؛ بانت منه عند الله تعالى[٣]؛ لأنه شرط لا يمنع المقصود من عقد النكاح، وللزوجة فيه مصلحة؛ فصح اشتراطه.

٥- لو تزوجت امرأة رجلا بشرط أنه لا زوجة له، وكتم عنها زوجة خداعًا أو نسيانًا أو جهلا بأنها في عصمته؛ فلها أن تمنعه حتى يطلقها هي، لا أن يطلق التي كتمها[٤]؛ لأنه شرط لا يمنع المقصود من عقد النكاح، وللزوجة فيه مصلحة فكان معتبراً.

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: الكافي لابن قدامة ٣/٥٥، شرح النيل ٦/٢٨٤- ٢٨٥.
(٢) انظر: التاج والإكليل ٥/١٩٢- ١٩٣.
(٣) انظر: شرح النيل ٦/٢٨٩.
(٤) انظر: المرجع السابق ٦/٢٨٧.

رقم القاعدة/الضابط: ١٤٩٩

نص الضابط : تَعْلِيقُ النِّكَاحِ بِالشُّرُوطِ لا يَجُوزُ، وَكَذَا إضَافَتُهُ إلَى وَقتٍ فِي المُستَقبَلِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- النكاح لا يقبل التعليق[٢].

٢- النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط[٣].

٣- تعليق النكاح على شرط يبطله[٤].

٤- النكاح لا يصح تعليقه على شرط مستقبل[٥].

٥- النكاح لا يجوز وقفه على شرط[٦].

٦- لا يجوز تعليق النكاح بالخطر[٧].

---

(١) درر الحكام ١/٣٣٤، وانظر: الدر المختار للحصكفي ٣/٥٣.
(٢) البحر الرائق ٦/٣٠٤.
(٣) بدائع الصنائع ٢/٢٨٦، المبسوط ٥/١٩، وانظر: تبيين الحقائق ٢/١٣٤، رد المحتار لابن عابدين ٣/٥٤.
(٤) المغني لابن قدامة ٦/٥٥١.
(٥) انظر: كشاف القناع ٥/٤٠، البحر الزخار ٤/٢٠ مسألة: «وإن ولدت امرأتي بنتا فقد زوجتكها».
(٦) انظر: مطالب أولي النهى ٥/١٢٩.
(٧) فتح القدير ٣/١٩٨ (الخطر): ما كان معدومًا في الحال، ولكن يتوقع حصوله في المستقبل. أحكام الأحوال الشخصية للشيخ أحمد إبراهيم بك ص ٧٦، حاشية ١.

٧- لا يصح نكاح على شرط أصلا[1].

صيغ ذات علاقة:

١- كل شرط مستقبل في النكاح إن جيء به بلفظ الشرط فسد به العقد، إلا أن يكون حاليًّا[2]. (قيد).

٢- يجوز تعليق النكاح بالشرط[3]. (مخالفة).

٣- تعليق النكاح بكائن تنجيز[4]. (مكمل).

٤- كل شرط يخالف مقتضى النكاح يلغو الشرط ويصح النكاح بمهر المثل[5]. (عموم وخصوص).

٥- كل شرط للمرأة، ولها فيه منفعة، ولا يمنع مقصود النكاح؛ فهو صحيح لازم[6]. (عموم وخصوص).

شرح الضابط:

(التعليق) لغة: مصدر علق وتعلق بمعنى ربط أمر بآخر[7]، واصطلاحًا: ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى، تكون الجملة الأولى

---

(١) المحلى ٩/١٢٣.

(٢) انظر: البحر الزخار ٤/٢٠.

(٣) انظر: إعلام الموقعين ٣/٣٠٠ عازيًا هذا القول للإمام أحمد بن حنبل، رضي الله عنه.

(٤) البحر الرائق ٦/٣٠٤، وانظر قاعدة: «التعليق بشرط كائن تنجيز» في قسم القواعد الفقهية.

(٥) عون المعبود للعظيم آبادي ٦/١٧٧، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: «كل شرط في النكاح ينافي المقصود منه فهو باطل».

(٦) انظر: المغني لابن قدامة ٧/٧١، الكافي لابن قدامة ٣/٥٥، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤٦٣، الفتوى الهندية ١/٣٠٧، شرح النيل ٦/٢٨٥، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٧) انظر: الصحاح في اللغة للجوهري مادة (علق)، لسان العرب لابن منظور مادة (علق).

جملة الجزاء والثانية جملة الشرط[١]، والمراد بـ(التعليق) هنا تعليق تنجيز النكاح ابتداء على شرط آتٍ يتطلب مدة من الزمن، ومثال «إضافته إلى وقت في المستقبل»: (تزوجتك غدًا أو بعد غد)[٢].

ومعنى الضابط: أن النكاح يشترط فيه كونه في الحال، فلا يجوز كونه مضافًا إلى المستقبل، ولا معلقًا على شرط؛ لأنَّ عقد الزواج في رأي بعض الفقهاء من عقود التمليكات، وهي لا تقبل التعليق ولا الإضافة[٣]، ولأن الشارع وضع عقد الزواج؛ ليفيد حكمه في الحال، والتعليق والإضافة يناقضان الحقيقة الشرعية[٤].

والضابط يفيد بمفهومه: أن النكاح يصح تعليقه على شرط ماضٍ كائن لا محالة[٥]، أو شرط حاضر كذلك: فالماضي: مثل: (زوجتك فلانة إن كانت ابنتي، أو إن كنتُ وليها، أو إن انقضت عدتها)، وهما أي العاقدان يعلمان ذلك من صحة الولاية، وانقضاء العدة.

والشرط الحاضر مثل: (زوجتكها إن شئت)، فقال: (شئتُ).

فيصح النكاح في المثالين؛ لأنَّه ليس بتعليق حقيقة، بل توكيد وتقوية النوع[٦].

والضابط محل اتفاق بين كافة فقهاء المذاهب الثمانية[٧].

---

(١) القاموس الفقهي لغة واصطلاحا لسعدي أبو جيب ص ٢٦٠.
(٢) الدر المختار للحصكفي ٥٣/٣.
(٣) انظر: درر الحكام ٣٣٤/١، شرح السير الكبير ٥٨٤/٢، مطالب أولي النهى ١٢٩/٥.
(٤) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٣٦٧/٢، ٣٧٩، ٤٠٥، مغني المحتاج ١٤١/٣.
(٥) انظر: شرح منتهى الإرادات ٦٦٩/٢، كشاف القناع ٤٠/٥، مطالب أولي النهى ١٢٩/٥.
(٦) انظر: شرح منتهى الإرادات ٦٦٩/٢، مطالب أولي النهى ١٢٩/٥.
(٧) انظر: المبسوط ١٩/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٢١/٢، منح الجليل لعليش ٢٦٨/٣-٢٦٩.
=

وينبغي التنبيه هنا إلى الفرق بين النكاح المعلق على شرط، والمشروط معه شرط فاسد، باعتبار أن الأول فاسد، بينما الثاني صحيح ويبطل الشرط، وهذا هو الفرق[١].

ويتضح الفرق بينهما أكثر، إذا قلنا: تعليق النكاح بالشرط أو إضافته إلى المستقبل، خارج عن ماهية العقد، فهو قبل انعقاد النكاح، فلا يجوز ابتداء، وأما الثاني فهو داخل في الماهية؛ لأنَّه وقع أثناء العقد أو بعده، وفي الشروط الفاسدة المصاحبة للنكاح تفصيل بين العلماء، فبعضهم يقول: يلغو الشرط الفاسد ويصح النكاح، ويفرق البعض الآخر بين تلك الشروط، فيقول بتأثير بعضها في النكاح، وعدم تأثير البعض الآخر فيه.

والسبب في ذلك: هو أن تعليق النكاح بالشرط أو إضافته إلى الزمان الآتي ابتداء مشعر بالخطر؛ لما فيه من القمار والغرر[٢]، زيادة على مناقضة المقصود منه، وهو التنجيز واللزوم فوراً[٣]، بينما النكاح المشروط معه شرط فاسد، له من القوة ما يهدم به الشرط ويبقى هو صحيحًا.

ثم التعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المحضة التي يحلف بها، كالطلاق والعتاق ونحو ذلك، أو الالتزامات، كالنذر ونحوه، وهذه ليس منها النكاح[٤].

= أسنى المطالب ١٢٨/٣، كشاف القنــاع ٤٠/٥، المغني لابن قدامة ٥٥١/٦، المحلى لابن حزم ١٢٣/٩، البحر الزخار ٢٠/٤، شرح النيل وشفاء العليل ٢٦٠/٦، الروضة البهية ٣٢٧/٥.
وجاء في المادة (١٢): لا ينعقد النكاح المعلق بشرط كائن، أو حادثة غير محققة الحصول شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد زيد الإبياني ٢٧/١.

(١) انظر: درر الحكام ٣٣٤/١.

(٢) انظر: درر الحكام ٣٣٤/١.

(٣) انظر: المبسوط ٩٥/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٢١/٢، المغني ٧٣/٧.

(٤) انظر: درر الحكام ٣٣٤/١، فتح القدير ١٩٨/٣.

أدلة الضابط :

قوله ﷺ: «المسلـمون على شروطهم، إلا شرطًا أحل حرامًا أو حرم حلالا»[(١)].

وجه الاستدلال من الحديث: أن «الأصل في شروط المسلمين صحتها وبقاؤها»[(٢)]، لكن الشرط الذي يُحل الحرام، كأن يشترط نصرة الظالم أو غزو المسلمين، وكذلك الشرط الذي يحرِّم الحلال، كأن يزوجه موليته بشرط أن لا يطأها، أو نحو ذلك من الشروط المنافية لمقتضى العقود، فكل ما هذا سبيله فإنه يعتبر مستثنى من صحة، ولزوم الشروط التي يعقدها المسلمون فيما بينهم[(٣)]، ومن بين تلك الشروط المنافية لمقتضى عقد النكاح شرط تعليقه ابتداء على أمر ما، أو إضافته إلى زمن كذلك؛ إذ عقد النكاح مشروع على وجه التنجيز واللزوم الفوري، فأي تعليق أو تأخير اشترط فيه ابتداء رجع على مقصوده بالبطلان؛ لما فيه من معنى القمار[(٤)].

تطبيقات الضابط :

١- من قال لامرأة: (إذا مضى شهر، فأنا أتزوجك بمضي الأجل)، فرضيت هي ووليها بذلك؛ فهذا النكاح باطل لا يقام عليه إن قصَد

---

(١) رواه الترمذي ٣/٦٣٤-٦٣٥ (١٣٥٢) واللفظ له، وابن ماجه ٢/٧٨٨ (٢٣٥٣)، والدارقطني ٣/٢٧ (٩٨)، والبيهقي في الكبرى ٦/٦٥ من حديث عمرو بن عوف المزني، رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح، وقد علقه البخاري بلفظ: «المسلمون عند شروطهم» ٣/٩٢ بصيغة الجزم ووصله الحاكم ٢/٥٧ (٢٣١٠) من حديث عائشة وأنس، رضي الله عنهما، والحديث مروي أيضًا عن غيرهم من الصحابة.

(٢) المفهم لما أشكل من تلخيص مسلم للقاضي عياض ١٥/٤٦.

(٣) انظر: نيل الأوطار للشوكاني ٥/٣٠٥.

(٤) انظر: درر الحكام ١/٣٣٤.

لزوم النكاح بمضي الأجل وعلقه على ذلك[١]، والنكاح لا يحتمل التعليق بالشرط ولا الإضافة إلى زمن مستقبل؛ لما في ذلك من الخطر والقمار والغرر

٢- إذا اشترط أحد العاقدين على الآخر أنه بالخيار إلى مدة معينة، بطل النكاح عند الجمهور[٢]؛ لأنَّ اشتراط الخيار فيه يبطله[٣]؛ لأنَّه تعليق على شرط في المستقبل، والنكاح لا يحتمل التعليق بالشرط، ولا الإضافة إلى زمن مستقبل.

٣- إذا زوج ولي امرأة ممن له عليها ولاية نسب، كالبنت والأخت رجلا آخر شريطة أن يزوجه الآخر موليته وليس بينهما صداق، فهذا هو صريح الشغار، والجمهور على بطلانه[٤].

وعلة البطلان - كما قال القفال: - هي التعليق والتوقيت، فكأنه قال: (لا ينعقد لكَ نكاح ابنتي حتى ينعقد لي نكاح ابنتك)[٥]، والنكاح لا يقبل التعليق بالشرط ولا التوقيت، للخطر.

٤- إذا قال رجل لآخر: (زوجتك ابنتي إن رضيت أمها، أو إن رضي فلان، أو على أن لا يكْرَه فلان، أو إن وضعت زوجتي بنتًا فقد زوجتكها) بطل النكاح في هذا كله؛ لأنَّ ذلك وقف على شرط، ولا

---

(١) انظر: التاج والإكليل للمواق ٥/٨٥.

(٢) انظر: أنـوار البروق للقرافي ٣/١٠٧، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٢١، الأم للشافعي ٥/٨٧، المغني لابن قدامة ٧/٧٣، البحر الزخار ٤/١١٢، شرائع الإسلام للحلي ٢/٢٧٤، الروضة البهية للجبعي ٥/٣٢٧.

(٣) انظر: الروضة البهية ٥/٣٢٧.

(٤) انظر: المدونة لسحنون ٢/٩٨، الأم ٥/١٨٧، المغني ٧/١٣٤- ١٣٥، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/١٢٢، ٢٠٥، المحلى لابن حزم ٩/١١٨، البحر الزخار ٥/٣٧، نيل الأوطار ٦/١٦٨- ١٦٩، شرح النيل ٦/٣٢١، الروضة البهية ٥/٢٣٧.

(٥) انظر: نيل الأوطار ٦/١٦٨ – ١٦٩.

يجوز وقف النكاح على شرط[١].

٥- إذا قال رجل لابنته: (إن دخلت الدار زوجتك من فلان)، وقال فلان: (تزوجتها)، لم يصح النكاح؛ لأنَّه تعليق، والتعليق لا يصح في النكاح[٢].

٦- إذا قال رجل لامرأة: (تزوجتك إن أجاز أبي أو رضي)، وكان الأب غير موجود في مجلس العقد، فقالت: (قبلت)، فلا يصح؛ لأنَّه تعليق، والنكاح لا يحتمل التعليق[٣]؛ لما في تعليقه من الخطر.

٧- إذا اتفق العاقدان على الزواج، ثم علقاه على شرط، كفوز فريق رياضي، أو ربح سهم في أحد البنوك، أو حصول شهادة معينة، أو غير ذلك من التعليقات، على أنه إن حصل شيء من ذلك، انعقد الزواج.

فلا يجوز هذا التعليق، ولا يصح معه النكاح؛ لأنَّ النكاح عقد مبني على اللزوم والتعجيل فتعليقه بشرط أو إضافته إلى زمن مستقبل، خطر عليه، وقمار، وغرر؛ فلا يصح النكاح مع ذلك كله.

استثناءات من الضابط:

يصح تعليق النكاح بمشيئة الله تعالى، مثل: أن يقول الولي لرجل: (زوجتك موليتي إن شاء الله)، أو يقول:(قبلت زواجك منها إن شاء الله)[٤].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: مطالب أولي النهى ٥/١٢٩.
(٢) انظر: درر الحكام ١/٣٣٤.
(٣) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٣/٥٤.
(٤) انظر: كشاف القناع ٥/٤٠.



رقم القاعدة/الضابط: ١٥٠٠

نص الضابط: لا يَصِحُّ النِّكَاحُ إِلَّا مِنْ جَائِزِ التَّصَرُّفِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

- كل من يجوز تصرفه في ماله بولاية نفسه يجوز نكاحه بنفسه[(٢)].

صيغ ذات علاقة:

١- الأصل أن كل من تصرف في ماله تصرف في نفسه، وما لا فلا[(٣)]. (أعم).

٢- لا ينعقد إنكاح من لا ولاية له[(٤)]. (أخص).

٣- من لا يملك التصرف في شيء لنفسه لا يصح أن يتوكل فيه[(٥)]. (عموم وخصوص).

---

(١) جواهر العقود للمنهاجي ١١/٢، المقارنات والمقابلات لمحمد حافظ بك ٣٧٦/١.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ١١٧/٣، شرح الأحكام للإبياني ٨٣/١، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٧٨/٣.

(٣) الدر المختار للحصكفي ٦١/٣.

(٤) بدائع الصنائع للكاساني ٢٣٧/٢.

(٥) المغني لابن قدامة ٥١/٥.

شرح الضابط :

هذا الضابط يتعلق ببيان الأهلية اللازمة فيمن يتولى مباشرة عقد الزواج بالأصالة عن نفسه أو بالنيابة عن غيره.

ومفاده: أنه يشترط فيمن يباشر عقد النكاح ليقع العقد صحيحًا منتجًا لآثاره: أن يكون صالحًا لوجوب الحقوق المشروعة له وعليه، ولصدور الأقوال والأفعال منه على وجه يعتد به شرعًا.

وهذا الضابط معتبر لدى الفقهاء، معمول بمقتضاه، فيما لم يرد بشأنه نص خاص، كما يتضح ذلك من تطبيقات الضابط، أمَّا ما ورد بشأنه نص خاص، كمباشرة المرأة لعقد الزواج بالأصالة عن نفسها، أو بالنيابة عن غيرها، فقد اختلف الفقهاء في جواز ذلك إلى عدة أقوال؛ على أساس اختلافهم في تأويل النص الوارد في ذلك، وبيان هذه الأقوال فيما يلي:

القول الأول : يرى أن المرأة لا تملك تزويج نفسها، ولا تزويج غيرها، فإن فعلت لم يصح النكاح، وهذا مروي عن عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عباس، وأبي هريرة، وعائشة - رضي الله عنهم - وإليه ذهب سعيد بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبدالعزيز، وجابر بن زيد، والثوري، وابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وابن المبارك، وعبيد الله العنبري، وأبو يوسف في غير ظاهر الرواية، والمالكية، والشافعية، والحنابلة، ووافقهم أهل الظاهر إذا لم يأذن لها في ذلك وليها، والزيدية، والإباضية[1]، واستدلوا على ذلك بما يلي:

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٠/٥، تبيين الحقائق للزيلعي ١١٧/٢، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٧/٢، حاشية العدوي ٤٥/٢، الأم للشافعي ١٣/٥، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ١٤٨/٣، المغني ٥/٧، ٦، كشاف القناع للبهوتي ٤٨/٥، المحلى لابن حزم ٢٥/٩، البحر الزخار لابن المرتضى ٢٤/٤، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٠٠/٦، مصنف ابن أبي شيبة ٢٧٢/٣.

أولاً: قول الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْاْ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٢]، وقوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْ﴾ [البقرة: ٢٢١]، وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ [النور: ٣٢]، فتوجيه الخطاب في هذه الآيات إلى الأولياء دليل على اشتراط الولي في تزويج النساء، ومنعهن من مباشرة العقد بأنفسهن، وإلا لتوجه الخطاب إليهن مباشرة، كما في سائر التصرفات، ولما كان في منع الأولياء من العضل معنى[١].

ثانيًا: عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت: قال رسول الله ﷺ: «أيما امرأة تزوجت بغير إذن ولي؛ فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها، والسلطان ولي من لا ولي له»[٢]، وعن أبي موسى ـ رضي الله عنه: أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي»[٣]، فالخبران يدلان على منع المرأة من مباشرة عقد الزواج، وإنما يباشر ذلك عنها وليها؛ إذ النفي ـ هنا ـ يفيد نفي الحقيقة الشرعية، أي: لا نكاح شرعي أو موجود في الشرع بلا ولي؛ لأنَّ بدء النص الأول بـ(أي وما) في معرض الشرط والجزاء، وذلك من أبلغ أدوات العموم، ثم أكد التصرف بالبطلان مرة بعد مرة ثلاث مرات، وهو من أبلغ ما يدل به الكلام الفصيح على التعميم والبطلان[٤].

القول الثاني: يرى أنه لا يجوز للمرأة مباشرة عقد الزواج بغير إذن الولي، فإن فعلت كان موقوفًا على إجازته، وهذا مروي عن ابن سيرين، والقاسم بن

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ٧٣/٣، أحكام القرآن للجصاص ٥٤٧/١.

(٢) رواه أحمد ٢٤٣/٤٠ (٢٤٢٠٥)، والترمذي ٤٠٧/٣-٤٠٨ (١١٠٢)، والنسائي في الكبرى ١٧٩/٥ (٥٣٧٣)، وابن ماجه ٦٠٥/١ (١٨٧٩)، والدارمي ٦٢/٢ (٢١٩٠)، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٣) رواه أحمد ٢٨٠/٣٢، ٤٨٢ (١٩٥٢٨) (١٩٧١٠)، وأبو داود ٢٠/٣-٢١ (٢٠٧٨)، والترمذي ٤٠٧/٣ (١١٠١)، وابن ماجه ٦٠٥/١ (١٨٨١)، والدارمي ٦١/٢، ٦٢ (٢١٨٨) (٢١٨٩) من حديث أبي موسى الأشعري، رضي الله عنه.

(٤) انظر: مغني المحتاج ١١/٥/٣، المبدع لابن مفلح ٢٨/٧، الأحكام للآمدي ٦٤/٣.

محمد، والحسن بن صالح، ومحمد بن الحسن من الحنفية[١]، واستدلوا بمفهوم قول النبي ﷺ: «أيما امرأة تزوجت بغير إذن ولي؛ فنكاحها باطل، فنكاحها باطل»، فمفهومه صحة تزويج المرأة نفسها بإذن وليها، ولأن المرأة إنما منعت من ذلك؛ لقصور عقلها؛ فلا يؤمن انخداعها، ووقوعه منها على وجه المفسدة، وهذا مأمون فيما أذن فيه وليها[٢].

القول الثالث: يرى أبو حنيفة، وأبو يوسف في ظاهر الرواية، وبعض الإمامية: أن الولي لا يشترط في نكاح الرشيدة، فلها أن تزوج نفسها وغيرها، وتوكل غيرها في مباشرته[٣]، واستدلوا على ذلك بقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا۟ بَيْنَهُم بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٢]؛ حيث أضاف النكاح إليهن، ونهى عن منعهن منه، ولحديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وإذنها صماتها»[٤]؛ حيث أفاد أن المرأة أحق من الولي عنه بنفسها، ولن تكون أحق إلا إذا زوجت نفسها بغير رضاه، ولأنه خالص حقها، فلا تمنع من مباشرتها كسائر الحقوق[٥]، وأمَّا حديث: «لا نكاح إلا بولي» فمحمول لدى أصحاب هذا القول على أن المراد به نفي الكمال مع بقاء الأصل[٦]، وهذا القول جارٍ على معنى الضابط، وهو أن من جاز تصرفه جاز نكاحه.

---

(١) انظر: المبسوط ٥/١٠، بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٤٧، تبيين الحقائق للزيلعي ٢/١١٧، المغني ٧/٥، ٦.

(٢) انظر: المبسوط ٥/١٠، بدائع الصنائع ٢/٢٤٧.

(٣) انظر: المبسوط ٤/٢١٧، ٥/١٠، فتح القدير لابن الهمام ٣/٢٥٨، تبيين الحقائق ٢/١١٧، الجوهرة النيرة للعبادي ٢/٦، البحر الزخار ٤/١٨، شرائع الإسلام للحلي ٢/٢١٨.

(٤) رواه مسلم ٢/١٠٣٧ (٤١٢١)/(٦٦) من حديث عبد الله بن عباس، رضي الله عنهما.

(٥) انظر: المبسوط ٤/٢١٧، ٥/١٠، تبيين الحقائق ٢/١١٧.

(٦) انظر: الفصول في الأصول للجصاص ١/٣٥١.

أدلة الضابط :

ـ قاعدة: «الأصل أن كل من تصرف في ماله تصرف في نفسه، وما لا فلا»[١]، ودليلها؛ لأنَّ الأصل دليل لما يتفرع عنه.

تطبيقات الضابط :

١- الصغير كما لا يجوز له التصرف في ماله بولاية نفسه، فلا ينعقد نكاحه على نفسه، ويكون موقوفًا على إذن وليه[٢]؛ لأنَّ النكاح لا يصح إلا من جائز التصرف.

٢- كما لا ينعقد تصرف المجنون في ماله بنفسه، فلا يصح منه مباشرة عقد الزواج بنفسه[٣]؛ لأنَّ النكاح لا يصح إلا من جائز التصرف.

٣- لا يصح نكاح المعتوه بنفسه، كما لا تصح منه سائر تصرفاته المالية[٤]؛ لأنَّ النكاح لا يصح إلا من جائز التصرف.

٤- يجوز النكاح ممن يصرع حال الإفاقة؛ لكون تصرفاته وقت الإفاقة معتبرة[٥]، والمقرر بهذا الضابط: أن النكاح من جائز التصرف صحيح.

٥- لا يصح النكاح ممن ذهب عقله بسبب السكر؛ لأنَّ تصرفه في ماله

---

(١) الدر المختار ٣/٦١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٣٢، البحر الرائق ٨/٨٢، الدر المختار ٣/٦١، مجمع الأنهر ٣/٧٨، بلغة السالك للصاوي ٢/٣٦٩، المجموع للنووي ٩/١٨٣، شرح النيل وشفاء العليل ٦/٢٤٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٣٢، البحر الرائق ٨/٨٢، الدر المختار ٣/٦١، مجمع الأنهر ٣/٧٨، شرائع الإسلام للحلي ٢/٢١٨.

(٤) انظر: مجمع الأنهر ٣/٧٨.

(٥) انظر: شرح النيل وشفاء العليل ٦/٢٥٠.

وقت ذهاب عقله غير معتبر، والنكاح لا يصح إلا من جائز التصرف[١].

٦- من حجر عليه بفلس صحت مباشرته لعقد التزويج لنفسه، أو عن غيره باستنابة شرعية أو اتفاقية؛ لأنَّ التصرف جائز من المفلس باعتبار الأصل[٢]، والنكاح لا يصح إلا من جائز التصرف.

٧- السفيه المحجور عليه لا يصح نكاحه بدون إذن وليه؛ لأنَّ النكاح تصرف دائر بين النفع والضرر، والتصرف الدائر بين النفع والضرر لا يصح من السفيه المحجور عليه إلا بإذن وليه[٣]، والمقرر بهذا الضابط: أن النكاح لا يصح إلا من جائز التصرف.

أ.د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) انظر: شرائع الإسلام للحلي ٢/٢١٨.
(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٦/٢٦٧.
(٣) انظر: درر الحكام لعلي حيدر ٢/٧٠٩، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٧/٢٩١.

رقم القاعدة/الضابط: ١٥٠١

نص الضابط: وِلَايَةُ الإِنكَاحِ وِلَايَةُ نَظَرٍ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- ولاية الإنكاح تثبت نظرا في حق المولى عليه[٢].

صيغ ذات علاقة :

١- تصرف الولي منوط بالمصلحة[٣]. (أعم).

شرح الضابط :

هذا الضابط له تعلق بالقاعدة الكلية وهي «تصرف الولي منوط بالمصلحة»[٤].

والمصلحة المذكورة هي: المحافظة على مقصود الشرع بدفع المفاسد عن الخلق[٥].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٣٧.
(٢) بدائع الصنائع ٢/٢٤٥.
(٣) تحفة المحتاج ٤/٣٣٣، وانظر قاعدة: "كل متصرف عن الغير فعليه أن يتصرف بالمصلحة"، في قسم القواعد الفقهية.
(٤) تحفة المحتاج ٤/٣٣٣.
(٥) البحر المحيط للزركشي ٨/٨٣، إرشاد الفحول للشوكاني ص ٢٤٢.

ومقصود الشرع من الخلق خمسة: أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ومالهم[١].

وبناء على ذلك جعل الشارع الحكيم الولاية والوصاية على كل من فقَد أهلية النظر في مصالحه إما لخفة في عقله أو سوء تصرفه في ماله، أو غير ذلك، كي لا تضيع الحقوق، أو تخرج عن صوابها.

ومن تلك الولايات ولاية الرجل في النكاح لكل امرأة أو كل قاصر له عليهم سبيل إما لقرابة وإما لوصاية.

ومعنى الضابط أن تصرف الولي في النكاح منوط بالمصلحة وحسن النظر للمولى عليه ذكرا كان أو أنثى ومن ذلك اختيار الزوج الصالح والمهر المناسب وغير ذلك، ومتى فقدت المصلحة، فقدت الولاية؛ إذ المصلحة في الولاية غاية لا بد من تحققها، وعلة يلزم تحقيق المناط فيها، والحكم يدور مع علته وجودا وعدما.

أدلة الضابط :

عن عبد الله بن عمر - رضى الله عنهما - أنه سمع رسول الله ﷺ يقول: «كلكم راع ومسؤول عن رعيته، فالإمام راع، وهو مسؤول عن رعيته، والرجل فى أهله راع، وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة فى بيت زوجها راعية وهى مسؤولة عن رعيتها، والخادم فى مال سيده راع وهو مسؤول عن رعيته» قال: فسمعت هؤلاء من رسول الله ﷺ وأحسب النبى ﷺ قال: «والرجل فى مال أبيه راع، وهو مسؤول عن رعيته، فكلكم راع، وكلكم مسؤول عن رعيته»[٢].

---

(١) الكتاب مع اللباب ٢/٧٠.

(٢) رواه البخاري ٢/٥ (٨٩٣) وفي مواضع، ومسلم ٣/١٤٥٩ (١٨٢٩).

هذا الحديث فيه إرشاد وتوجيه إلى القيام بالمسؤولية، ومن المعلوم أن المسؤولية تقتضي أداء الواجب مع النظر في المصلحة، والتصرف في الأمر بالأمانة؛ إذ الراعي في الحديث هو الحافظ المؤتمن الملتزم صلاح ما قام عليه، وما هو تحت نظره، فكل من كان تحت نظره شيء فهو مطلوب بالعدل فيه، والقيام بمصالحه في دينه ودنياه ومتعلقاته، وأداء النصيحة فيه، وبذل الجهد في حفظه ورعايته، لأن الشارع لا يسأل إلا من يلزمه القيام بالنظر للرعية، وصلاح أمرها[1] والنكاح داخل في تلك الرعية التي تتطلب تحقيق المصلحة للمولى عليه.

تطبيقات الضابط :

١- لا يجوز للأب أن يزوج ابنته الصغيرة ممن لا يكافئها، أو أن يزوج ابنه الصغير امرأة ليست بكفء له على قول أبي يوسف ومحمد، وكذلك الحكم فيما لو زوج ابنته بأقلَّ من صداق مثلها، أو زوج ابنه امرأة بأكثر من صداق مثلها بقدر ما لا يتغابن الناس؛ لأن ولاية الأب مقيدة بشرط النظر، ومعنى الضرر في هذا العقد ظاهر وأجاز أبو حنيفة رحمه الله تعالى للأب ذلك، لما روي «أن رسول الله ﷺ تزوج عائشة رضي الله عنها على صداق خمسمائة درهم زوجها منه أبو بكر رضي الله عنه، وزوج فاطمة رضي الله عنها من علي رضي الله عنه على صداق أربعمائة درهم».

والمعنى فيه : أن النكاح يشتمل على مصالح وأغراض ومقاصد جمة، والأب وافر الشفقة ينظر لولده فوق ما ينظر لنفسه، فالظاهر أنه إنما

---

(١) انظر: شرح النووي لصحيح مسلم الحديث رقم (٣٤٠٨)، تحفة الأحوذي ٢٩٤/٥ باب ما جاء في الإمام.

قصر في الكفاءة والصداق ليوفر سائر المقاصد عليها وذلك أنفع لها من الصداق والكفاءة، فكان تصرفه واقعا بصفة النظر، فيجوز[١]، وبهذا التأويل يكون كلا القولين جاريا على معنى الضابط في مراعاة المصلحة والنظر في ولاية النكاح.

٢- إذا زوج الأب أو الابن المعروف بسوء الاختيار[٢] أو وليٌّ آخر غيرهما فاقدَ الأهلية أو ناقصَها كالمجنون والمجنونة أو الصغير والصغيرة من شخص غير كفء، أو بغبن فاحش، فإن هذا الزواج يعتبر فاسدا؛ لأن ولاية هؤلاء منوطة بالمصلحة، ولا مصلحة في التزويج بغير الكفء، فيحمل تقصير الولي في الكفاءة والمهر على معنى ترك النظر، والميل إلى الرشوة[٣] وولاية الإنكاح ولاية نظر.

٣- إذا أمرت امرأة وليًّا أن يزوجها بصداق معلوم، فزوجها بأقلَّ، كان لها الخيار في إجازة النكاح ورده، لأنه نقص مهرها عما أمرته به[٤]، فدل ذلك على قصور نظره في مصلحتها، وولاية النكاح ولاية نظر ومصلحة في حق المولى عليه، وهنا لا مصلحة ولا نظر.

٤- إذا اجتمع الأب والابن في تزويج المجنونة، فقد قال محمد بن الحسن الشيباني إن الأب أولى بتزويجها من ابنها؛ لأن ولاية النكاح تثبت نظرًا ومصلحة للمولى عليه، وتصرف الأب أنظر لها؛ لأنه

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٢٤/٤.

(٢) سوء الاختيار: أن يكون الشخص فاسقا أو ماجنا لا يبالي بما يصنع، أو يكون سفيها طمّاعا انظر: درر الحكام ٦٧٣/٢.

(٣) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٤٢٠/٢، المبسوط للسرخسي ٢٢٥/٤.

(٤) انظر: شرح النيل ٢٣٧/٦.

أشفق عليها من الابن؛ ولهذا كان هو أولى بالتصرف في مالها؛ ولأن الأب من قومها والابن ليس منهم، فكان إثبات الولاية عليها لقرابتها أولى[1].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٥٠ في هذه المسألة عدة أقوال داخل المذهب الحنفي: منها: قول محمد بن الحسن المذكور، وهو الجاري على الضابط ومنها قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو تقديم الابن في ولاية التزويج على الأب ووجه قولهما أن ولاية التزويج مبنية على العصوبة والأب مع الابن إذا اجتمعا فالابن هو العصبة والأب صاحب فرض فكان كالأخ لأم مع الأخ لأب وأم انظر: المرجع السابق ٢/٢٥٠.



رقم القاعدة/الضابط: ١٥٠٢

نص الضابط: الكَفَاءَةُ مُعْتَبَرَةٌ فِي بَابِ النِّكَاحِ[١].

صيغ ذات علاقة :

١- الكفاءة شرط لابتداء النكاح لا في البقاء[٢]. (قيد).

شرح الضابط :

الكفاءة لغة : المماثلة والمقاربة، من الكفء: المثل والنظير، يقال: هذا كفؤه أي مثله في الحسب والمال والحرب، والمصدر: الكفاءة والكفاء، قال حسان:

وجبريل أمين الله فينا   وروح القدس ليس له كفاء[٣]

ومقتضى هذا الضابط أن الكفاءة - وهي أن يكون الزوج مساويا للزوجة في كمال أو عكسه أو أرفع منها[٤] - معنى مقصود في النكاح.

---

(١) المحيط البرهاني ٤/٢٧، المبسوط ٢/٨١٦، أحكام القرآن لابن العربي ٣/٥٠٦، البحر الزخار ٤/٤٨، الروضة البهية ٣/٤١٨.

(٢) المبسوط ٣/٩٣٨، نهاية المحتاج ٦/٢٥٣.

(٣) العين للخليل بن أحمد الفراهيدي ١/٤٥٢، تاج العروس للزبيدي ١/٢٠١، لسان العرب لابن منظور ١/١٣٩.

(٤) حاشية الجمل ٤/١٦٣.

ويرتبط بهذا الضابط مسائل متعددة، واتجاهات فقهية مختلفة.

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط الكفاءة في النكاح تحكيما للدليل تارة، وللعادة والعرف المطردين تارة أخرى، ولعدم صحة النصوص الواردة فيها واضطرابها كان المرجع فيها هو العرف، فكل ما يراه الناس كفؤا فهو كذلك وما لا فلا.

وقد اتفق الجمهور على أصل اشتراط الكفاءة في النكاح.

وخالف في ذلك الثوري وبعض الحنفية كالإمام الكرخي وتلميذه الجصاص فرأوا أن لا عبرة بالكفاءة في النكاح.

ثم الذين قالوا باعتبار الكفاءة في النكاح لم يتفقوا على الشروط التي تتحقق بها الكفاءة.

وجملة ما اختلفوا فيه من الشروط ستة فقط، نظمها بعضهم فقال:

شرط الكفاءة خمسة قد حُررت ... يُنبيك عنها بيتُ شعر مفرد

نسب ودين صنعة حرية ... فقد العيوب وفي اليسار تردد[1]

وقد اتفقت المذاهب على أن الكفاءة في الدين والحرية معتبرة، خلافا لمحمد بن الحسن في عدم اعتبار الدين في الكفاءة.

أما السلامة من العيوب الموجبة لخيار الرد، فقد اتفق المالكية والشافعية على اعتبارها من خصال الكفاءة، ولم يعدَّها الحنفية والحنابلة منها، ولكنهم أوجبوا للزوجة حقَّ فسخ النكاح وردِّه إذا وجد بالزوج عيب من تلك العيوب ولم ترض به هي.

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب ١٣٧/٣.

واختلفوا فيما سوى ذلك:

فقال الحنفية: الكفاءة في النسب، وإسلام الآباء، والمال، والحرفة.

وقال الشافعية: الكفاءة في النسب، والحرفة، واليسار في أحد قولين، والصناعة.

وقال الحنابلة: الكفاءة في الصناعة، والمال، وفي رواية: النسب والدين فقط، وقيل النسب فقط.

والذي يظهر من مذهب **الظاهرية** أنها معتبرة في الدين، يقول ابن حزم: «أهل الإسلام كلهم إخوة لا يحرم على ابن زنجية نكاح ابنة الخليفة الهاشمي والفاسق المسلم الذي بلغ الغاية من الفسق ما لم يكن زانيا كفؤ للمسلمة الفاضلة، وكذلك الفاضل المسلم كفؤ للمسلمة الفاسقة ما لم تكن زانية، والذي نختارُه فنكاحُ الأقارب بعضهم لبعض»[١].

وقال الزيدية: المعتبر في الكفاءة: الدين، والحسب، والحرفة الدنيئة[٢].

والمشهور عند الإمامية في الكفاءة: هو تساوي الزوجين في الإسلام والإيمان إلا أن يكون المؤمن هو الزوج والزوجة مسلمة من غير الفِرَقِ المحكوم بكفرها مطلقا أو كتابية في غير نكاح المتعة[٣].

---

(١) المحلى لابن حزم ١٥١/٩.

(٢) الحرفة: بكسر الحاء: قال الزمخشري في فائقه: صناعة يرتزق منها، سميت بذلك لأنه ينحرف إليها والحرفة الدنيئة: بالهمزة من الدناءة، وضبطها بعضهم بقوله هي: "ما دلت ملابستها على انحطاط المروءة وسقوط النفس، كملابسة القاذورات" مغني المحتاج ٢٧٥/٤.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٣٢٠/٢-٣١٩، الفتاوى الهندية ٢٩٠/١-٢٩١، بداية المجتهد لابن رشد ١٤/٢، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٣٤/٣ -٢٣٥، المغني لابن قدامة ٤٨٢/٦-٤٨٤، المحلى بالآثار لابن حزم ١٥١/٩، البحر الزخار ٥٠/٤، الروضة البهية ٤١٨/٣.

والمستفاد من كلام المالكية: أنه قد اختلف في الكل إلا الإسلام[١].

ثم الخصال التي تثبت بها الكفاءة في النكاح لم تقف على تلك الخصال الست، بل أوصلها البعض إلى حدٍّ يتعذر معه الحصر: من جمال، وسن، وطول وقصر، وعقل، ومهنة ووظيفة، وبلد... إلخ.

ومع هذا كله فقد اختلف في مراعاة الكفاءة بين كونها حقا لله تعالى أو حقا للعباد؟ فقيل هي حق لله تعالى، وقيل بل حق للآدمي.

وعلى أنها حق للآدمي اختلف أيضًا هل هي حق للزوجة فقط، أو للأولياء فقط، أو لهما معا؟

ثم اختلف في الأولياء هل حقهم فيها يشمل الأبعد أم هو خاص بالأقرب فقط؟

وعلى هذا الخلاف أيضًا يترتب حكم الكفاءة الدائر بين الصحة واللزوم:

فهي شرط صحة باعتبار كونها حقا لله تعالى، لا يسقط برضا المخلوقين، وهي الرواية المختارة للفتيا عند الحنفية، والرواية المرجوحة عند الحنابلة.

وعلى اعتبار أنها حق للآدمي وهو ما عليه الجمهور، فهي شرط لزوم فقط، يصح النكاح بدونها ويبقى موقوفا على رضا من له الحق من الزوجة والأولياء.

واتفق الجميع على أمرين:

أولهما: أن كفاءة الإسلام لا تسقط بالرضا، لا من الزوجة، ولا من الأولياء.

---

(١) انظر: منح الجليل لعليش ٣/٣٢٣.

والثاني : أن الكفاءة شرط لصحة النكاح حيث لم يرض من له حق الرضا بغير الكفء[١].

ثم وقع خلاف آخر بين العلماء في تقابل خصال الكفاءة بعضها ببعض:

فقيل: لا يقابل بعض خصال الكفاءة ببعض[٢]، وقيل يقابل بينها، فالحسيب كفء للنسيب[٣].

ومحل اعتبار الكفاءة هو ابتداء العقد، وأما زوالها بعد ذلك فلا يضر[٤].

وفي عصرنا الحاضر اتجهت بعض الدول العربية في قوانين الأحوال الشخصية اتجاهات مختلفة تبعا لمعايير الكفاءة الجاري بها عرف البلد باعتبار أن «المرجع في الكفاءة إلى العادة»[٥].

فاشترط قانون الأحوال الشخصية الأردني الكفاءة في المال فقط، وحصر القانون الكويتي الكفاءة في الصلاح في الدين، واشترط القانون الإماراتي في الكفاءة: الدين والحرفة والقدرة على الإنفاق واشترط القانون السوري والمغربي الكفاءة بدون تحديد لخصالها ورد أمرها إلى العرف، ولم يتعرض قانون الأحوال الشخصية التونسي المسمى بمجلة الأحكام الشخصية الصادر عام (١٩٥٦) لموضوع الكفاءة في النكاح مطلقا[٦].

---

(١) انظر: رد المحتار ٨٤/٣، كنز الدقائق ١٢٩/٢، مغني المحتاج ١٣٩/٣، ٢٧٠/٤-٢٧١، التاج والإكليل ١٠٦/٥، المغني ٤١٤/١٤، البحر الزخار ٥٠/٤.

(٢) حاشية الجمل ١٦٨/٤.

(٣) النسب يرجع إلى الآباء والأمهات، والحسب المناقب والصفات الحميدة كالكرم والعلم والشجاعة والتقوى حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٢٠٧/٣.

(٤) انظر: البحر الرائق ١٦٨/٨، حاشية الجمل ١٦٥/٤.

(٥) التجريد للقدوري ٤٣٨٨/٩.

(٦) انظر: مجلة الشريعة (العدد ٢٨ إبريل ١٩٩٦).

أدلة الضابط :

مما استدل به الفقهاء على اعتبار الكفاءة في النكاح ما يلي:

١- قوله تعالى في حق الفاسق: ﴿ أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًاۚ لَّا يَسْتَوُۥنَ ﴾ [السجدة: ١٨] لأن الفاسق غير وجيه، فلا يكون كفؤا لعفيفة[١]. وهذا في الكفاءة في الدين.

٢- قوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله اصطفى كنانة من بني إسماعيل واصطفى من كنانة قريشا واصطفى من قريش بني هاشم»[٢] وهذا الاصطفاء ينبئ بالتفاوت في النسب واعتبار الكفاءة فيه وقد استدل الشافعية به في باب الكفاءة في النسب[٣].

٣- حديث بريرة رضي الله عنها لما عتقت تحت عبد خيرها رسول الله ﷺ فاختارت الفراق[٤] وهو في اعتبار الحرية.

٤- قوله ﷺ: «أما معاوية فصعلوك لا مال له»[٥] وهو دليل على اعتبار اليسار.

٥- وفي بداية المجتهد أن سبب اختلافهم: هو اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ: «تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها وحسبها فاظفر بذات الدين تربت يمينك»[٦].

فمنهم من رأى الدين هو المعيار الوحيد، لقوله عليه السلام: «فاظفر

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤١٩/١٤.

(٢) رواه مسلم ١٧٨٢/٤ (٢٢٧٦) من حديث واثلَة بن الأسقع رضي الله عنه.

(٣) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١٣٧/٣.

(٤) رواه البخاري ٨/٧ (٥٠٩٧)، ومسلم ١١٤٤/٢ (١٥٠٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٥) رواه مسلم ١١١٤/٢ -١١٢١ (١٤٨٠) من حديث فاطمة بنت قيس رضي الله عنها.

(٦) رواه البخاري ٧/٧-٨ (٥٠٩٠)، ومسلم ١٠٨٦/٢ (١٤٦٦) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

بذات الدين»، ومنهم من رأى أن الحسب في ذلك بمعنى الدين، وكذلك المال، وكل من يقول برد النكاح من العيوب يجعل الصحة منها من الكفاءة، وعلى هذا فيكون الجمال يعتبر لجهة ما[1].

٦- ودليل العقل هو أن النكاح يعقد للعمر، ويشتمل على أغراض ومصالح كالصحبة والألفة وتأسيس القرابات الصهرية، ليصير البعيد قريبا عضدا وساعدا، وذلك لا يكون إلا بالموافقة والتقارب، ولا مقاربة للنفوس عند مباعدة الأنساب، فعقده مع غير المكافئ يشبه عقدا لا تترتب عليه مقاصده لأنهم يتعيرون بعدم الكفاءة[2].

٧- قاعدة: «العادة محكمة» ولهذا قيل: المرجع في الكفاءة إلى العادة[3]؛ لهذا تجد الفقهاء يقضون ويفتون في الكفاءة وغيرها بالمتعارف ما لم يخالف الشرع، قطعا للنزاع وتسكينا للفتنة[4].

تطبيقات الضابط:

١- لو تزوجت امرأة رجلا على أنه ذو صلاح، أو على أنه قادر على المهر والنفقة، فظهر خلاف ذلك، أو على أنه من أسرة معينة، فإذا هو خلاف ما زعم، كان لها الخيار[5] فإن شاءت بقيت معه وإن شاءت فارقته؛ لأن الكفاءة معتبرة في النكاح.

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢/١٤.

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية في فتاويه: ليس عن النبي ﷺ نص صريح صحيح في هذه الأمور الفتاوى الكبرى ٤/١٨٤ فصل: أرسل الله رسوله محمدا.

(٢) تبيين الحقائق ٢/١٢٦، فتح القدير ٣/٢٩٤.

(٣) التجريد للقدوري ٩/٤٣٨٨.

(٤) البحر الرائق ٣/١٤٠، ١٤٤، تبيين الحقائق ٢/١٢٩.

(٥) انظر: رد المحتار ٣/٨٥.

٢- إذا زوَّج رجل ابنته من سِكِّير فاسق لا يؤمن عليها منه، رده الإمام وإن رضيت؛ لأن الحق لله تعالى حينئذ لوجوب حفظ النفوس[١]؛ ولأن كفاءة الدين معتبرة، فالفاسق ليس بكفء.

٣- إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما؛ لأنها ألحقت العار بالأولياء فإنهم يتعيرون بأن ينسب إليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم فكان لهم أن يخاصموا؛ لدفع ذلك عن أنفسهم[٢].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: حاشية العدوي على الخرشي ٣/٢٠٦.

(٢) المبسوط ٥/٢٥ - ٢٦.

رقم القاعدة/الضابط: ١٥٠٣

نص الضابط: تَحْرُمُ نِسَاءُ القَرابةِ إلا مَن دَخلَت تحت ولدِ العمُومةِ أَو ولدِ الخُؤولةِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- يحرم كل قريب إلا ما دخل في ولد العمومة أو الخؤولة[٢].

٢- جميع أقارب الرجل من النسب حرام عليه إلا بنات أعمامه وأخواله وعماته وخالاته[٣].

صيغ ذات علاقة :

١- يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[٤][٥]. (تكامل).

---

(١) شرح الخطيب مع حاشية البجيرمي ٣/٤١٦، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/١٤٨.

(٢) نهاية المحتاج للرملي ٦/٢٧٣، وانظر: الروضة البهية للجبعي ص٥ الفصل الثالث في المحرمات بالنسب والرضاع.

(٣) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/٦٢.

(٤) هو لفظ حديث شريف رواه البخاري٣/١٧٠(٢٦٤٦) وفي مواضع أخر، ومسلم٢/١٠٦٨(١٤٤٤)، ١٠٦٩ (١٤٤٥)/(٣) من حديث عائشة رضي الله عنها، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٥) متفق عليه.

شرح الضابط :

هذا الضابط مختص بالمحرمات من النساء تحريما مؤبدا بسبب القرابة النَّسبية.

والنسب يعم كل قربى تكون بين آدميين[١].

والمحرم بالنسب على الإنسان ذكرا كان أو أنثى أربعة أنواع:

النوع الأول : أصوله، وهما الآباء والأمهات وإن علوا.

النوع الثاني : فروعه، وهم الأبناء وأبناء الأبناء وإن سفلوا.

النوع الثالث : فروع أول أصوله، وهم الإخوة والأخوات وأولادهم وإن سفلوا، وأما فروع ثاني الأصول وثالثها وإن علا ذلك وهم أولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات فمباحات لقوله تعالى لنبيه ﷺ: ﴿وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّـٰتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَـٰلَـٰتِكَ﴾ [الأحزاب: ٥٠].

النوع الرابع : أول فرع من كل أصل، ويندرج فيه أولاد الأجداد والجدات، وهم الأعمام والعمات والأخوال والخالات، وأما ثاني فرع من أول الأصول، وهم أولاد الأعمام والعمات والأخوال والخالات فمباحات[٢].

والمرأة مثل الرجل في ذلك، فيحرم عليها نظير ما ذكر في الرجل، فانضبط المحرَّم من الرجال والنساء[٣].

وإضافة التحريم إلى ذوات الأمهات وما عطف عليهن هو المسألة الملقبة في أصول الفقه بـ «إضافة التحليل والتحريم إلى الأعيان»، ومحمله على تحريم ما قصد من تلك العين، فيقدر مضاف يدل عليه السياق، أو يقال: أُقيم اسم

---

(١) تفسير القرطبي ١٣/٥٩.

(٢) انظر: حاشية ابن الشاط على أنوار البروق للقرافي ٣/١٤٦، في ظلال القرآن لسيد قطب ٢/٧٨.

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ٤/٢٥٧.

الذات مقام الفعل قصدا للمبالغة، فإذا تعين ما تقصد له، قُصر التحريم والتحليل على ذلك، وإلا عُمم احتياطا.

فنحو: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ ﴾ [النساء: ٢٣] متعين لحرمة تزوجهن، وما هو من توابع ذلك[١].

ولا يستثنى من تحريم القرابة إلا بنات الأعمام والعمات، والأخوال والخالات لبعد قرابتهن، وهو المعبر في نص الضابط «إلا من دخلت تحت ولد العمومة أو ولد الخؤولة».

والحكمة في تحريم القرابة النسبية هي: أنّ شريعة الإسلام قد نوّهت ببيان القرابة القريبة، فغرست لها في النفوس وقارا ينزّه عن شوائب الاستعمال في اللَّهو والرفث، إذ الزواج وإن كان غرضًا صالحًا باعتبار غايته، إلاّ أنّه لا يفارق الخاطرَ الأوّل الباعث عليه، وهو خاطر اللهو والتلذّذ.

فوقار الولادة أصلا وفرعا مانع من محاولة اللهو بالوالدة أو المولودة، ولذلك اتّفقت الشرائع على تحريمه، ثم تلاحق ذلك في بنات الإخوة وبنات الأخوات.

وكيف يسري الوقار إلى فرع الأخوات ولا يثبت للأصل وكذلك سرى وَقار الآباء إلى أخوات الآباء، وهنّ العمّات، ووقار الأمّهات إلى أخواتهنّ وهنّ الخالات، فمرجع تحريم هؤلاء المحرّمات إلى قاعدة المروءة التابعة لكليّة حفظ العِرض، من قسم المناسب الضروري، وذلك من أوائل مظاهر الرقي البشري[٢].

---

(١) انظر: التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور ٩٩/٢، ٣٧٣/٣.

(٢) التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور ٣٧٤/٣، انظر: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد زيد الإبياني ٤٢/٧ .

زد على ذلك أن الإسلام حثَّ على عدم التزوج من القرابة القريبة من غير المحارم، درءا لاحتمال التعرض لبعض الأعراض الاجتماعية والخَلْقية.

فقد ورد عن أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه قوله لآل السائب: «قد أضْوَيْتُم فانكحوا في النوابغ»[١]، والمعنى: تزوجوا في الغرباء حتى لا يضعف النسل، والضاوي: هو نحيل الجسم.

والمقصد الشرعي من ذلك حفظ النسل قويا، وفي ذلك يقول الله عز وجل: ﴿قَالَتْ إِحْدَىٰهُمَا يَٰٓأَبَتِ ٱسْتَـْٔجِرْهُ ۖ إِنَّ خَيْرَ مَنِ ٱسْتَـْٔجَرْتَ ٱلْقَوِىُّ ٱلْأَمِينُ﴾ [القصص: ٢٦]، وقال رسول الله ﷺ: «المؤمن القوي خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف وفي كل خير»[٢].

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣] قال القرافي: اتفقت الأمة على أن المراد بهذا اللفظ: القريب والبعيد من كل نوع، واللفظ صالح له، لقوله تعالى: ﴿يَٰبَنِىٓ ءَادَمَ﴾، ﴿يَٰبَنِىٓ إِسْرَٰٓءِيلَ﴾، ﴿مِّلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَٰهِيمَ﴾[٣].

٢- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّٰتِىٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ وَمَا مَلَكَتْ يَمِينُكَ مِمَّآ أَفَآءَ ٱللَّهُ عَلَيْكَ وَبَنَاتِ عَمِّكَ وَبَنَاتِ عَمَّٰتِكَ وَبَنَاتِ خَالِكَ وَبَنَاتِ خَٰلَٰتِكَ ٱلَّٰتِى هَاجَرْنَ مَعَكَ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا

(١) استشهد به ابن قتيبة في عيون الأخبار ٣/٤، وعزاه العراقي في المغني عن حمل الأسفار ٤١/٢ (٥) إلى إبراهيم الحربي في غريب الحديث.

(٢) رواه مسلم ٢٠٥٢/٤ (٢٦٦٤) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٣) الذخيرة للقرافي ٢٥٧/٤ – ٢٥٨.

﴿لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [الأحزاب:٥٠] يقول ابن تيمية رحمه الله: «لم يخص الله رسوله ﷺ إلا بنكاح الموهوبة فدل ذلك على أن سائر ما أحله لنبيه ﷺ حلال لأمته»[(١)].

٣- عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: «حرم من النسب سبع، ومن الصهر سبع» ثم قرأ الآية ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾[(٢)].

٤- **الإجماع**: أجمعت الأمة على حرمة نكاح الأقارب الواردين في الآية المذكورة، الرجال والنساء سواء في ذلك قال ابن قدامة رحمه الله: «أجمعت الأمة على تحريم ما نص الله تعالى على تحريمه»[(٣)] وقال الطحاوي: وكل هذا من المحكم المتفق عليه، وغير جائز نكاح واحدة منهن بإجماع[(٤)].

تطبيقات الضابط:

١- يحرم نكاح الأمهات والاستمتاع بهن، وهن: كل أنثى لها عليك ولادة، كالأم، وأمهاتها وأمهات الآباء والأجداد، وإن علون[(٥)].

٢- يحرم نكاح البنات والاستمتاع بهن، وهن: كل أنثى يرجع نسبها إليك بالولادة بدرجة أو درجات، فتشمل من ولدتها زوجته مباشرة، وهي

---

(١) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٦٢/٣٢ – ٦٤.
(٢) رواه البخاري ١٠/٧- ١١ (٥١٠٤).
(٣) المغني لابن قدامة ٥١٣.
(٤) تفسير القرطبي ١٠٥/٥.
(٥) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٦٥/٣٢، تفسير القرطبي ١٦٧٧/٢، بداية المجتهد لابن رشد الحفيد ٢٨/٢، الأم للشافعي ٢٠/٥، التفسير الكبير المسمى "مفاتيح الغيب" للرازي ٢٦٩/٣، المحلى بالآثار لابن حزم ١٣٠/٩، شرح النيل وشفاء العليل ٢٢/٦.

بنت الصلب، أو ولدت لبنيه أو لبناته، وإن نزلت درجاتهن، وارثات أو غير وارثات[١].

٣- يحرم نكاح الأخوات والاستمتاع بهن، وهن: كل أنثى ولدها أبواك أو أحدهما، فيشمل ذلك: الأخوات من الأب أو الأم أو كليهما[٢].

٤- يحرم نكاح العمات والاستمتاع بهن، وهن: أخوات الآباء وإن علون من الجهات الثلاث، فيشمل ذلك: العمة الشقيقة، والعمة لأب، والعمة لأم[٣].

٥- يحرم نكاح الخالات والاستمتاع بهن، وهن: أخوات الأم، وأخت كل أنثى لها عليك ولادة[٤].

٦- يحرم نكاح بنات الأخ والاستمتاع بهن، وهن: كل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها، أو من قبل أبيها، أو مباشرة[٥].

٧- يحرم نكاح بنات الأخت والاستمتاع بهن، وهن: كل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها، أو من قبل أبيها[٦].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٦٥/٣٢، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٢٢/٦، الروضة البهية للجبعي ص ٥ الفصل الثالث في المحرمات بالنسب والرضاع.
(٢) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٦٥/٣٢، حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٢٥١/٢، أسنى المطالب ١٤٨/٣، الروضة البهية للجبعي ص٥ الفصل الثالث في المحرمات بالنسب والرضاع.
(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٥٦/٢-٢٥٧، الأم للشافعي ٢٥/٥، حاشية البجيرمي على شرح الخطيب ٤١٧/٣.
(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢٥٦/٢-٢٥٧، الأم ٢٥/٥، حاشية البجيرمي على شرح الخطيب ٤١٨/٣.
(٥) انظر: بدائع الصنائع ٢٥٦/٢-٢٥٧، الأم ٢٥/٥، حاشية البجيرمي على شرح الخطيب ٤١٨/٣.
(٦) انظر: بدائع الصنائع ٢٥٦/٢-٢٥٧، الأم ٢٥/٥، حاشية البجيرمي على شرح الخطيب ٤١٨/٣.

رقم القاعدة/الضابط: ١٥٠٤

نص الضابط: الـمَحْـرَمِـيّةُ كما تُنَافِي ابتداءَ النكاحِ، تُنَافِي البقاءَ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الـمَحْرَمِيّة في باب النكاح كما تَمنع ابتداءَ النكاح، تَمنع بقاءَه[٢].

٢- الـمَحْرَمِيّة تمنع من ابتداء النكاح واستمرارِه[٣].

٣- الـمَحْرَمِيّة تُنافي بقاءَ النكاح[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- ما أثبت التحريمَ المؤبَّدَ، إذا طرأ على النكاح، قَطَعه[٥]. (أعم).

٢- حرمة المصاهرة العارضة تمنع بقاء صحة النكاح كالحرمة الأصلية[٦]. (أخص).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٤١/٥ وانظر: الهداية للمرغيناني مع العناية للبابرتي ٢٠٤/١.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ٢٣٦/١.

(٣) قواعد الأحكام لابن عبد السلام ٨٨/٢.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم ٢٢٣/٣.

(٥) روضة الطالبين للنووي ١١٤/٧.

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين ٣١/٤.

٣- الرضاع الطارئ على النكاح يُبطله[١]. (أخص).

٤- نكاح المحارم، له حكم البطلان فيما بين الكفار[٢]. (أخص).

شرح الضابط :

المَحْرَمِيّة : نسبة إلى (المَحْرَم): وهو من يَحْرُم نكاحه حرمةً مؤبّدة رجلاً كان أو امرأةً، كالعمّ والخال والأخ والأخت وولد الأخ وولد الأخت؛ وكالأم والبنت والأخت والعمة والخالة[٣] قال الزمخشري: «هي له مَحْرَمٌ: إذا لم يحلّ له نكاحها، وهو لها مَحْرَمٌ»[٤] وقال الأزهري: «المَحْرَم: ذاتُ الرَّحِم في القرابة التي لا يَحِلُّ تزوجها[٥]».

موضوع هذا الضابط يتعلق بأحد شروط صحة النكاح، وهي أن تكون المرأة محلاً للنكاح لمن يريد أن يتزوج بها، وذلك لأن المرأة من حيث كونُها محلاً للزواج، قد تكون حلالاً للشخص، وقد تكون حرامًا عليه، فيشترط لصحة عقد النكاح ابتداءً، وكذلك لبقائه واستمراره: أن لا تكون المرأة محرّمةً على الرجل تحريمًا مؤبّدًا[٦].

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/ ٢٤٠.

(٢) انظر: البحر الرائق ٣/ ٢٢٣.

(٣) المطلع على أبواب المقنع للبعلي ص ١٦٣، طَلِبة الطلبة لنجم الدين النسفي ص ٢٣٤ و٢٨٦، تاج العروس للزبيدي ٣٢/ ٢٣١، معجم لغة الفقهاء لمحمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي ص٤١١ (مادة: المَحْرَم).

(٤) أساس البلاغة للزمخشري ص ١٢٣، وانظر: أنيس الفقهاء لقاسم بن عبد الله القونوي ص ١٢٧، المُغرب للمطرّزي ١/ ١٩٨.

(٥) تهذيب اللغة للأزهري ٥/ ٣٠ وانظر: لسان العرب لابن منظور ١٢/ ١٢٣، المصباح المنير للفيومي ١/ ١٣٢.

(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/ ٢٥٦، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٩١، الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٥٧ و٦٣-١٠٥.

والتحريم المؤبّد يشمل ثلاثة أنواع من النساء: محرّمات بسبب النسب، ومحرّمات بسبب الرضاع، ومحرّمات بسبب المصاهرة، وهذه الأنواع الثلاثة من النساء المحرّمات، مذكورات في آية سورة النساء ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ﴾ الآية.

ومعنى الضابط: أن المرأة إذا كانت من ذوات المحارم التي لا يحل للرجل التزوج بهن، فإنه كما يَحْرُم ابتداء النكاح بهن، يَحرُم كذلك البقاء عليه إذا كان النكاح عُقِد مثلاً بدون علمٍ بوجود هذه المَحْرَمية؛ أو أن المَحْرَمية طرأت بعد انعقاد النكاح (كما في بعض صور الزنا، كما سيأتي في التطبيقات).

فالحاصل أن المَحْرَمية بين الرجل والمرأة، كما تمنع انعقاد النكاح من البداية، فإنها كذلك تمنع بقاء النكاح واستمرارَه إذا وُجِدتْ هذه المَحْرَمية وطَرَأَتْ بعد انعقاد النكاح، أو كانت موجودة ولكن لم تكن معلومةً، فعُلِم بوجودها بعد النكاح فمثلا لو تزوج شخص إحدى محارمه من النساء، وعُلم بعد انعقاد الزواج بينهما أنها من مَحارمه، فيجب فسخ هذا النكاح، ويجب التفريق بين الرجل والمرأة جبرًا إن لم يتفرقا اختيارا.

ومما يتصل بموضوع هذا الضابط: (أنكحة الكفار فيما إذا كانوا تزوجوا من مَحَارمهم)، فإنهم في حال إسلامهم - أو إذا أسلم أحد الزوجين اللذين بينهما مَحْرَميّة - لا يجوز إبقاؤهم على ذلك النكاح بعد الإسلام، بل يجب التفريق بينهم.

وفي هذا يقول ابن قدامة:

«أنكحةُ الكفار صحيحة يُقَرُّون عليها إذا أسلموا أو تحاكموا إلينا إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال؛ قال ابن عبد البر: أجمع العلماء على أن الزوجين إذا أسلما معًا في حال واحدةٍ، أن لهما المقام على نكاحها ما لم يكن بينهما نسب ولا رضاع».

ثم قال ابن قدامة: «وقد أسلم خلقٌ في عهد رسول الله ﷺ وأسلم نساؤهم، وأُقِرُّوا على أنكحتهم، وهذا أمرٌ عُلم بالتواتر والضرورة فكان يقينا؛ ولكن يُنظر في الحال: فإذا كانت المرأة على صفة يجوز له ابتداء نكاحها أُقِرَّ، وإن كانت ممن لا يجوز ابتداء نكاحها كأحد المحرمات بالنسب أو السبب لم يُقَرَّ»[1].

والضابط متفق على مضمونه بين أصحاب المذاهب الثمانية، وإن كانوا يختلفون في بعض التفاصيل المتعلقة به[2].

أدلة الضابط:

١- آية المحرّمات من النساء: ﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمۡ أُمَّهَٰتُكُمۡ وَبَنَاتُكُمۡ﴾ الآية. ففي هذه الآية تحريم أعيان نكاح المحارم، ومعنى ذلك نفي صلاحية محل هؤلاء المحارم أصلاً لورود عقد النكاحِ عليه، وإذا لم يكن المحل صالحا من أصله لورود العقد عليه ابتداءً، فيكون كذلك غيرَ صالح للبقاء عليه، لأن المنافي للعقد يستوي في الابتداء والبقاء كالطارئ على العقد[3].

٢- حديث عُقبة بن الحارث رضي الله عنه أنه تزوج ابنةً لأبي إهاب بن عَزيز، فأَتَتْه امرأةٌ فقالت: إني قد أَرضَعْتُ عُقبة والتي تَزَوَّج، فقال لها عُقبة: ما أعلم أنك أرضعتني ولا أخبرتني، فركب إلى رسول الله

(١) المغني لابن قدامة ١٥/١٩٦.

(٢) المبسوط ٥/٤١، الكافي لابن عبد البر ١/٢٤٨، القوانين الفقهية لابن جزي ١/١٣٢، روضة الطالبين للنووي ٢/٤٩٦-٤٩٧، المغني ١٥/١٩٦، المحلى لابن حزم ٥/١٧٦، السيل الجرار للشوكاني ٢/٣٣٦، التاج المذهب للعنسي ٢/٣٦٩، شرح النيل لأطفيش ٣١/١٤٦، الروضة البهية للعاملي ٣/٣٨٤.

(٣) انظر: أصول السرخسي ١/٩٠، فتح القدير ٦/٤٠٣.

ﷺ بالمدينة، فسأله، فقال رسول الله ﷺ: «كيف وقد قيل»؟ ففارقَها عقبة ونكحت زوجا غيره[١].

وجه الدلالة من هذا الحديث: أن النبي ﷺ أمَرَ عقبة بفراق امرأته من أجل ثبوت حرمة الرضاع بينهما بعد أن كان تزوَّج بها ولكنه لم يكن يعلم وجود المَحْرَمية بينهما، فلما أخبرتْه تلك المرأة أنها كانت أرضَعَتْه هو وامرأتَه هذه، ثبتت المحْرمية بينهما من جهة الرضاع، حيث صارت هذه الزوجةُ أختَه من الرضاعة، والأخت من الرضاعة كما لا يجوز لأخيها النكاحُ بها ابتداءً، فكذا لا يجوز له البقاء على نكاحها[٢].

٣- الأسباب الشرعية تُراد لأحكامها، ويستوي في ذلك الابتداء والبقاء[٣].

٤- «الأصل أن كل صفة منافية لحكمٍ، يستوي فيه الابتداء والبقاء»[٤]، والمَحْرَميّة هي من الأوصاف الراجعة للمحل، فيستوى فيها الابتداء والبقاء[٥].

٥- كل ما يرجع إلى المحل يستوي فيه الابتداء والبقاء، كالمَحْرَمية في باب النكاح[٦].

---

(١) رواه البخاري في مواضع، وهذا لفظه في ٣/١٦٩ (٢٦٤٠).

(٢) انظر: فتح الباري لابن حجر ٤/٢٩٣ و٥/٢٥١، الدراري المضيئة للشوكاني ١/٤٢٢.

(٣) انظر: أصول السرخسي ١/٩٠.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ١/١٨٣، فتح القدير ١/٢٣٦، حاشية ابن عابدين ١٤/٧٠، غمز عيون البصائر للحموي ٢/٧٢.

(٥) انظر: الدر المختار للحصكفي ٤/٣١، حاشية ابن عابدين ٤/٣١ وانظر في التطبيقات: مثال الزنى بأم الزوجة.

(٦) كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٤/١٣١ (التعليق بالشرط موجب العدم) و ٨/١٣٠ (تقسيم السبب) و٩/٥ (الأمور المعترضة على الأهلية) وانظر: حاشية ابن عابدين ٤/٣١، درر الحكام لعلي حيدر ٤/١٦٦ واللباب للميداني ٢/١٦٢.

تطبيقات الضابط :

١- لو تزوج رجل إحدى محارمه جاهلاً بأن هذه المرأة محرّمة عليه، كما لو تزوج امرأةً، ثم تبين بعد ذلك أنها أخته من الرضاعة مثلا[١]، أو أنها رَبِيبتُه[٢]، فإنه يُفسخ الزواج، ويجب عليه أن يفارق تلك المرأة.

٢- لو تزوج امرأةً، فوطئ الزوجُ بشبهةٍ بنتَ[٣] هذه المرأة من زوجٍ سابق، انفسخ نكاح الزوجة، لطروء حرمة المصاهرة، وهي كما تمنع ابتداء النكاح، تمنع بقاءه[٤].

٣- إذا زَنَى بأمّ امرأته ثبتت حرمة المصاهرة العارضة بينه وبين امرأته، فيبطل نكاحه بامرأته، وتحرُم عليه كما كانت تحرُم عليه منذ الابتداء لو كان هذا الشخص تزوج بأمّها، وذلك لأن حرمة المصاهرة العارضة تمنع بقاء صحة النكاح كالحرمة الأصلية، لأن المَحْرَميّة من الأوصاف الراجعة للمحل، فيستوى فيها الابتداء والبقاء[٥].

٤- لو زنى بامرأة أبيه أو ابنه، بطل نكاحُها على أبيه وابنه عند أبي حنيفة، وهو قول الثوري وأحمد، لأن الزنى -عند هؤلاء- كالنكاح الحلال في تحريم المصاهرة[٦].

---

(١) وهي القضية التي جاءت في حديث عقبة بن الحارث ضمن (أدلة الضابط).

(٢) الرَّبيبة: هي بنت زوجة الرجل لكن من زوج سابق، وجمعها: ربائب انظر: المعجم الوسيط ٣٢١/١ ومنه قوله تعالى في المحرّمات من النساء: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا۟ دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ والمراد بالرَّبيبة المحرَّمة على الرجل: أن يكون دخل بأمها بعد عقد النكاح عليها، فإنْ كان عقد النكاح عليها لكنه لم يدخل بها، لم تحرُم عليه الرَّبيبة، كما هو نص الآية الآنفة الذكر.

(٣) وهي الرَّبيبة، التي شُرح معناها في الهامش السابق.

(٤) انظر: روضة الطالبين ١١٤/٧.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين ٣١/٤.

(٦) الحاوي للماوردي ٥٥٤/٩.

وعلى هذا فإن هذه المرأة، في حال كونها امرأةَ الأب، ويكون زنى بها الابن: تصير بمثابة زوجةٍ للابن الزاني بها، وزوجةُ الابن (في النكاح الشرعي) حرامٌ على الأب ابتداءً، فهنا لما طرأت الحُرمة بالزنى حرُم بقاء نكاح الأب بها كما كان يحرُم ابتداءُ نكاحه بها، ولهذا تصير هذه المرأة حرامًا على الأب - بعد زنى الابن بها - ويبطل نكاحها به.

وهكذا في الصورة الثانية، وهي إذا كانت هذه المرأةُ امرأةَ الابن، ويكون الأبُ زنى بها: تصير بمثابة زوجة الأب، أي فتصير بمثابة الأم بالنسبة للابن التي كانت هي أصلاً امرأتَه، والأم يحرُم النكاحُ بها ابتداءً، فكذلك هنا لما طرأت الحُرمة بسبب زنى الأب بها، حرُم بقاء نكاح الابن بها، لأنها صارت مثل أُمّه، فيبطل نكاحها به.

٥- لو تزوج الكافر إحدى محارمه كأخته أو أمِّه أو بنتِه أو زوجةِ أبيه أو ابنه، فأسلم أحدهما أو كلاهما، وجب التفريق بينهما لعدم المحلّيّة، فيستوي فيه الابتداء والبقاء، فكما لا يجوز ابتداءُ هذا النكاح في الإسلام، فكذا لا يجوز البقاءُ عليه[١].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) انظر: تبيين الحقائق ٦/٦٧، درر الحكام ٤/١٦٦، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/١٧٦، روضة الطالبين ٧/١٤٥، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٢١٣.



رقم القاعدة/الضابط: ١٥٠٥

نص الضابط: كُلُّ امْرَأَتَيْنِ بَيْنَهُمَا مِنَ النَّسَبِ أَوِ الرَّضَاعِ مَا يَمْنَعُ تَنَاكُحَهُمَا لَوْ قُدِّرَتْ إِحْدَاهُمَا رَجُلاً، لَا يَجُوزُ الـجَمْعُ بَيْنَهُمَا فِي الوَطْءِ بِعَقْدٍ وَلَا مِلْكٍ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل امرأتين بينهما قرابة أو رضاع لو قدرت إحداهما ذكرا لحرم تناكحهما، يحرم الجمع بينها[(٢)].

٢- أيما امرأتين إذا فرضت إحداهما ذكرا لم يحل للأخرى أبدا، يحرم الجمع بينهما[(٣)].

٣- كل امرأتين لو كانت إحداهما ذكرا لم تجز المناكحة بينهما، فالجمع بينهما نكاحا لا يجوز[(٤)].

---

(١) الذخيرة للقرافي ٣١٠/٤، وانظر: النوازل للعلمي ٦٣/١، عقد الجواهر الثمينة ٤٣٥/٢ طبعة دار الغرب، تحقيق: عبد الحميد لحمر.

(٢) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٢٧٨/٦، زاد المعاد ١١٧/٥، العزيز شرح الوجيز ٤٠/٨، الروضة للنووي ١١٨/٧.

(٣) حاشية الطحطاوي ١٨/٢.

(٤) انظر: المبسوط ٨٣٠/٢، ٩٧١/٣، فتح القدير ١٢٥/٣.

٤- كل امرأتين لو كانت إحداهما ذكرا والأخرى أنثى حرم النكاح بينهما لا يجوز أن يجمع بينهما إلا في مسألة إذا جمع بين المرأة وبين ابنة زوج كان لها قبل ذلك فإنه يجوز ذلك[١].

٥- كل امرأتين بينهما رحم محرم بحيث لو كانت إحداهما ذكرا لم يجز له التزوج بالأخرى لأجل النسب (دون الصهر) فإنه يحرم الجمع بينهما[٢].

صيغ ذات علاقة:

١- كل امرأتين لا يجوز الجمع بينهما نكاحا فهما بمنزلة الأختين في كثير من الأحكام[٣]. (أعم).

٢- يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[٤]. (تكامل).

شرح الضابط:

النَسَبُ: واحد الأنساب والنِسْبَةُ والنُسْبَةُ مثله وانتسب إلى أبيه، أي اعتزى وتَنَسَّبَ، أي ادَّعى أنَّه نسيبُك وفي المثل: «القريبُ مَنْ تَقَرَّبَ لا مَنْ تَنَسَّبَ».

والنسب: القرابة، وهذا المعنى هو المراد هنا.

ويكون الانتساب إلى الآباء خاصة، وقيل أيضًا إلى القبائل، وإلى البلدان، وإلى الصنائع.

---

(١) فتاوى قاضيخان ٣٦٥/١.

(٢) زاد المعاد ١٢٨/٥، الفروق للقرافي ١٢٩/٣، الكليات الفقهية للمقري ص ٢٧٤، تقرير القواعد وتحرير الفوائد ١١٢/٣.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعي ٥٥/٧.

(٣) هو نص حديث شريف رواه البخاري ١٧٠/٣ (٢٦٤٦) وفي مواضع، ومسلم ١٠٦٨/٢ (١٤٤٤)، ١٠٦٩ (١٤٤٥)/(٣) من حديث عائشة رضي الله عنها وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

والانتساب في الاصطلاح لا يخرج عن هذه المعاني[(١)].

والرَّضَاعُ: - بكسر الراء وفتحها - في اللغة: مصدر رضع أمه يرضعها بالكسر والفتح رضعا ورضاعا ورضاعة أي امتص ثديها أو ضرعها وشرب لبنه، وأرضعت ولدها فهي مرضع ومرضعة، وهو رضيع[(٢)].

والرضاع شرعا: «وصول لبن آدمي بمحل مظنة غذاء»[(٣)]، كان الوصول عن طريق الفم، أو الأنف، أو الاحتقان، على خلاف في الاحتقان ـ يأتي في محله.

وخرج بلبن الآدمي، لبن البهيمة، فلا ينشر الحرمة[(٤)].

هذا الضابط مبيِّن لمن يحرم الجمع بينهن في النكاح من النساء، ومفاده أن أي امرأتين جمع بينهما من النسب أو الرضاع ما يجعل إحداهما لو كانت رجلا لم تحل تناكحها مع الأخرى، فإنه لا يجوز الجمع بينهما في النكاح.

والضابط وإن كان مقتضاه يشمل المحرمات من النساء تحريما مؤبدا ومؤقتا، إلا أن ثمرته تظهر في المحرمات من النساء تحريما مؤقتا؛ لأن التحريم المؤبد أقوى في الحرمة من التحريم المؤقت.

ومثال المؤبد نكاح المرأة مع بنتها، فلا تحل امرأة عقد رجل على بنتها أبدا، والمؤقت مثل المرأة مع أختها أو عمتها، فلو طلق رجل امرأة وانتهت عدتها جاز له نكاح أختها أو عمتها.

---

(١) انظر: الصحاح في اللغة ٢/٢٠٥، لسان العرب ١٢/١٥٠.

(٢) انظر: لسان العرب ٨/١٢٥ رضع.

(٣) حدود ابن عرفة، كتاب "الرضاع".

(٤) انظر: التجريد للقدوري ١٠/٥٣٦٦، التاج والإكليل للمواق ١/١٣٢، ٥/٥٣٣، حاشية الدسوقي علـى الشرح الكبير للدردير باب الرضاع ٢/٥٠٣، نهاية المحتاج ٧/١٧٢، كشاف القناع للبهوتي ٥/٤٤٤-٤٤٥.

والتقييد بـ «النسب» في صيغة الضابط احتراز عن المصاهرة، وأما «الرضاع» فهو ملحق بالنسب شرعا؛ لقوله ﷺ: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[(١)].

وخالف ابن تيمية الجمهور في تحريم الجمع في الرضاع فقال: لا يحرم على الرجل نكاح أم زوجته وابنتها من الرضاع، ولا على المرأة نكاح أبي زوجها وابنه من الرضاع[(٢)]، وهو قول مرجوح.

ثم إنه يستوي في تحريم الجمع ما إذا كانتا حرتين، أو أمتين، أو حرة وأمة ـ كما هو صريح لفظ الضابط ـ فمن حرم جمعهما في النكاح، حرم جمعهما في التسري؛ لوجود نفس العلة، وهو خوف الإفضاء إلى القطيعة والشحناء[(٣)]؛ لأن الشارع علل ذلك الحكم بقطيعة الرحم المأمور بوصلها، المتوعد على قطعها، كما في حديث مسلم عن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «الرحم معلقة بالعرش تقول من وصلني وصله الله ومن قطعني قطعه الله»[(٤)].

والجمع بين القريبتين مؤدٍّ إلى قطع الرحم كما جاء في بعض الأحاديث.

ومن جمع بين من يحرم الجمع بينهما، فلا يخلو الأمر من حالتين:

١- أن يتزوجهما بعقد واحد، وحينئذ فالنكاح باطل؛ لارتكابه المنهي عنه، ولا يمكن تصحيح أحد النكاحين؛ لأنه لا مزية لإحداهما على الأخرى.

٢- أن يتزوجهما في عقدين، فنكاح الثانية باطل؛ إذ الجمع المحرم إنما يحصل بالثاني فاختص البطلان به.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) تقرير القواعد وتحرير الفوائد ٣/١١٤.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٤/٢٠١، المدونة الكبرى لسحنون ٢/٣٨١، الأم للشافعي ٥/٥، المغني لابن قدامة ٧/٩٨، المحلى لابن حزم ٩/١٣٢.

(٤) رواه البخاري ٨/٦ (٥٩٨٩) بنحوه، ومسلم ٤/١٩٨١ (٢٥٥٥) وهذا لفظه.

وتحريم الجمع لا يزول إلا بزوال نكاح من يحرم جمع غيرها معها زوالا لا يبقى معه أثر من آثار النكاح وفي ذلك تفصيل بين المذاهب:

فالحنفية ومن معهم من الحنابلة والإمامية ذهبوا إلى أن من تزوج إحدى الأختين في عدة الأخرى المطلقة، سواء أكان طلاقها رجعيا أو بائنا، فنكاح الثانية باطل؛ لأن العدة من آثار النكاح، ولأن الأصل: أن ما يمنع صلب النكاح من الجمع بين ذوات المحارم فالعدة تمنع منه[(١)].

وأما المالكية فهم متفقون مع الحنفية في الرجعية في ذلك دون البائن، فمن أبان امرأته حلت له أختها عندهم، معللين ذلك بانقطاع الموارثة بينهما والعصمة[(٢)].

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ [النساء: ٢٣].

٢- قوله ﷺ: «لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على بنت أخيها ولا على بنت أختها»[(٣)].

وقوله ﷺ في رواية مبينا الحكمة من النهي: «فإنكم إن فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم»[(٤)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٦٣- ٢٦٤، المغني ٩/٥٣٨، كشاف القناع ٥/٧٤، الروضة البهية ص٥ المسألة الخامسة من المسائل العشرين.

(٢) أنوار البروق للقرافي ٣/١٣٠.

(٣) رواه البخاري ٧/١٢(٥١١٠)، ومسلم٢/١٠٢٩(١٤٠٨)/(٣٧) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٤) رواه ابن حبان ٩/٤٢٦ (٤١١٦)، والطبراني في الكبير ١١/٢٦٦-٢٦٧ (١١٩٣١) من حديث عبدالله بن عباس رضي الله عنهما.

وروى أبو داود في مراسيله عن عيسى بن طلحة قال: «نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة على قريبتها مخافة القطيعة»[١].

فأوجب تعدي الحكم المذكور، وهو حرمة الجمع إلى كل قرابة بفرض وصلها[٢].

تطبيقات الضابط :

١- يحرم جمع المرأة وبنت أخيها، أو عمتها، أو خالتها، من رضاع أو نسب، ابتداء ودواما، لأنك لو قدرت إحداهما ذكرا لما صح له زواج الثانية[٣].

٢- إذا تزوج رجل أختين في عقدتين، ولا يدري أيتهما أولى، فإنه يفرق بينه وبينهما؛ لأن نكاح إحداهما باطل بيقين، ولا وجه إلى التعيين لعدم الأولوية، ولا إلى التنفيذ مع التجهيل؛ لعدم الفائدة أو للضرر، فتعين التفريق[٤] لأن عدم التفريق بينهما يفضي إلى الجمع بين من لو قدرت إحداهما ذكرا لحرمت الأخرى عليه لأنها أخته.

٣- لو أسلم زوج المجوسية، أو الوثنية، أو انفسخ النكاح بين الزوجين بخلع أو رضاع، أو فسخ، أو إعسار، أو غيره، لم يكن له أن يتزوج واحدة ممن يحرم الجمع بينها وبين زوجته حتى تنقضي عدتها[٥]

---

(١) رواه أبو داود في المراسيل ص ١٨٢ (٢٠٨).

(٢) المبسوط ٢/٨١٤.

(٣) نهاية المحتاج للرملي ٦/٢٧٨ وخالف الإمامية في الملك، وكذلك في الجمع بين العمة أو الخالة، مع ابنة أخيها أو ابنة أختها، وإن نزلتا، بشرط رضاء العمة أو الخالة، لا بدون إرضائهما الروضة البهية ص ٥ الفصل الثالث في المحرمات بالنسب والرضاع.

(٤) انظر: فتح القدير ٣/٢١٤- ٢١٥.

(٥) المغني ٩/٤٧٩.

خوفا من الجمع بين من لو قدرت إحداهما ذكرا لم يجز له نكاح الأخرى.

٤- لا يجوز الجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل، أو بين امرأة وزوجة كانت لأبيها في رأي زفر وابن أبي ليلى؛ لأن البنت لو كانت رجلا لكان لا يجوز له أن يتزوج الأخرى؛ لأنها منكوحة أبيه فلا يجوز الجمع بينهما كما لا يجوز الجمع بين الأختين[١].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢٦٣/٢ ويجوز الجمع بين امرأة وبنت زوج كان لها من قبل، أو بين امرأة وزوجة كانت لأبيها عند غير زفر وابن أبي ليلى؛ لأنه لا رحم بينهما فلم يوجد الجمع بين ذواتي رحم لأن شرط حرمة الجمع أن تكون الحرمة ثابتة من الجانبين جميعا، وهو أن يكون كل واحدة منهما أيتهما كانت بحيث لو قدرت رجلا لكان لا يجوز له نكاح الأخرى، ولم يوجد هذا الشرط؛ لأن الزوجة منهما لو كانت رجلا لكان يجوز له أن يتزوج الأخرى؛ لأن الأخرى لا تكون بنت الزوج فلم تكن الحرمة ثابتة من الجانبين فجاز الجمع بينهما انظر: المرجع المتقدم ٢٦٣/٢.



رقم القاعدة/الضابط: ١٥٠٦

نص الضابط: كُلُّ مَا جَازَ أَنْ يَكُونَ ثَمَنًا فِي البَيْعِ جَازَ أَنْ يَكُونَ صَدَاقًا فِي النِّكَاحِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- كل ما لا يصح مسمى عوضا في البيع لا يستحق في النكاح[٢].

٢- كل ما لا يجوز أن يكون ثمنا في البيع لا يجوز أن يكون صداقا[٣].

٣- الصداق كالثمن[٤].

صيغ ذات علاقة :

١- كل ما جاز أن يكون ثمنا أو مبيعا أو أجرة أو مستأجرا جاز أن يكون صداقا[٥]. (أعم).

---

(١) جواهر العقود للمنهاجي ٣٥/٢.

(٢) المبسوط للسرخسي ٦٨/٥.

(٣) المبدع ١٣٣/٧.

(٤) شرح الخرشي لمختصر خليل ٢٥٢/٣.

(٥) الحاوي للماوردي ٣٩٧/١٢.

٢- الغرر في الصداق أوسع من الغرر في البيع[1]. (عموم وخصوص).

٣- كل قبض وجب في عقد البيع وجب في عقد الصداق[2]. (مكمل).

٤- ما جاز أن يملك بالهبة أو بالميراث جاز أن يكون صداقا وإن لم يصلح ثمنا في البيع[3]. (مكمل).

شرح الضابط :

المعنى المقصود من الضابط هو أن الصداق يشترط فيه ما يشترط في الثمن إثباتا ونفيا[4].

فهو يشير إلى مدى الارتباط القائم بين النكاح والبيع.

وهذا الارتباط يمكن الاستدلال عليه من خلال استقراء مقاصد وأحكام كل من البيع والنكاح.

ويتجلى بعض ذلك فيما يلي:

١- البيع والنكاح عقدان يتعلق بهما قِوَامُ العالَم؛ لأن الله سبحانه خلق الإنسان محتاجا إلى الغذاء ومفتقرا إلى النِّساء[5].

٢- البيع والنكاح من عقود المعاوضات، كما هو رأي فريق من الفقهاء، والجامع بينهما هو التراضي، فلا ينعقدان إلا بالإيجاب والقبول[6].

---

(١) شرح مختصر خليل للخرشي ٢٥٣/٣.

(٢) الحاوي ٢٤٩/٩.

(٣) الإتحاف للزبيدي ٣٤٦/٥.

(٤) انظر: شرح الخرشي لمختصر خليل ٢٥٢/٣.

(٥) مواهب الجليل ٢٢١/٤.

(٦) انظر: المبسوط ١٩١/٤، ١٨١/٦، الفواكه الدواني ٨٩/٢.

وجمهور الفقهاء تكاد آراؤهم تتفق على أن كل ما يباح تملكه شرعا من النقود والعروض والمنافع، وكان مملوكا لصاحبه، مقدورا على تسليمه وتسلمه، سالما من الغرر والجهالة، متمولا عادة فإنه يجوز أن يكون ثمنا في البيع، فيقاس عليه الصداق من باب قياس المساواة في العلة.

قال ابن قدامة: «فما لا يجوز أن يكون ثمنا في البيع، كالمحرم والمعدوم، والمجهول، وما لا منفعة فيه، وما لا يتم ملكه عليه كالمبيع من المكيل والموزون قبل قبضه، وما لا يقدر على تسليمه، كالطير في الهواء، والسمك في الماء، وما لا يتمول عادة، لا يجوز أن يكون صداقا»[١].

هذا مع أنه لا يلزم أن يعطى المشبه حكم المشبه به من كل وجه؛ لأن الغرر في باب الصداق أوسع من الغرر في باب البيع[٢].

وخالف ابن حزم الجمهور على أصله في نفي القياس، فالصداق عنده غير الثمن في البيع، وقياسه عليه فاسد الاعتبار، وإنما الصداق ـ حسب رأيه ـ تمليك يحصل ولو بمحرم إذا سلم من جهالة الوصف أو الحد[٣].

أدلة الضابط :

١- حديث : «التمس، ولو خاتما من حديد»[٤].

٢- حديث: «لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما كانت له حلالا»[٥].

---

(١) المغني ١٦٥/٧.

(٢) انظر: شرح الخرشي لمختصر خليل ٢٥٣/٣.

(٣) انظر: المحلى ٩٠/٩.

(٤) رواه البخاري ١٩٢/٦ (٥٠٣٠) وفي مواضع أخر، ومسلم ١٠٤٠/٢- ١٠٤١ (١٤٢٥) من حديث سهل بن سعد الساعدي رضي الله عنه.

(٥) رواه أحمد ١٢٦/٢٣ (١٤٨٢٤) واللفظ له، وأبو داود ٣٢/٣ (٢١٠٣) بنحوه من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما.

٣- حديث عامر بن ربيعة «أن امرأة من فزارة تزوجت على نعلين فقال رسول الله ﷺ: «أرضيتِ من مالك ونفسك بنعلين؟» قالت: نعم فأجازه»[١].

وجه الدلالة من هذه الروايات أن الصداق مثل الثمن والمثمن في البيع في كونه لا يصح إلا بمال منتفع به شرعا خال عن الغرر والجهالة الفاحشين.

٤- لأن المقصود بالمسمى مهرا المالية، وبمجرد ذكر الجنس بدون بيان الوصف لا تصير المالية معلومة، فلا يصح التزامه بعقد المعاوضة؛ لبقاء الجهالة والغرر فيه[٢].

تطبيقات الضابط :

١- تفاحش الجهالة والغرر مما يمنع صحة المهر باتفاق الفقهاء، فلا يجوز نكاح على بعير شارد، أو طير في هواء، أوسمك في بحر، أو بشيء غير موصوف أو محدود؛ لأن الصداق في النكاح كالثمن في البيع، وكل ما جاز أن يكون ثمنا في البيع جاز أن يكون صداقا في النكاح[٣].

من أسباب فساد العقد كون الصداق غير مقدور على تسليمه كآبق ومغصوب[٤] وشارد وسمك في البحر ونحو ذلك؛ لأن الصداق مثل

---

(١) رواه أحمد ٤٤٥/٢٤ (١٥٦٧٦) وفي مواضع، والترمذي ٣٢٠/٣- ٣٢١ (١١١٣) وابن ماجه ٦٠٨/١ (١٨٨٨)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) المبسوط للسرخسي ٦٨/٥.

(٣) انظر: رد المحتار ١٠٩/٣، المدونة لسحنون ١٤٦/٢، التاج والإكليل للمواق ١٨٧/٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٠٣/٢- ٣٠٤، أسنى المطالب ٢٠٤/٣، شرح منتهى الإرادات ٨/٣ - ٩، المحلى ١٢٦/٩، التاج المذهب ٤٧/٢، شرائع الإسلام ٢٦٩/٢.

(٤) انظر: حاشية الجمل ٢٤١/٤.

الثمن في البيع، والثمن إذا كان غير مقدور على تسليمه فسد البيع لذلك[١].

٢- الصداق بالمال الحرام كالخمر والخنزير والدم المسفوح والميتة مما يفسد التسمية في النكاح عند الجمهور لحرمته شرعا[٢] وهذا هو الحكم في الثمن في البيع أيضا، فلا يجوز البيع بمحرم[٣].

٣- إذا كان الصداق مجهول الجنس والنوع والقدر والصفة كالحيوان والدابة والثوب والدار بأن تزوج رجل امرأة على حيوان أو دابة أو ثوب أو دار، ولم يعين لها حالته لم تصح التسمية وللمرأة مهر مثلها بالغا ما بلغ؛ لأن جهالة الجنس متفاحشة لأن الحيوان اسم جنس تحته أنواع مختلفة، وتحت كل نوع أشخاص مختلفة وكذا الدابة وكذا الثوب؛ لأن اسم الثوب يقع على ثوب القطن والكتان والحرير والخز والبز، وتحت كل واحد من ذلك أنواع كثيرة مختلفة وكذا الدار؛ لأنها تختلف في الصغر والكبر والهيئة والتقطيع، وتختلف قيمتها باختلاف البلاد والمحال والسكك اختلافا فاحشا فتفاحشت الجهالة فالتحقت بجهالة الجنس، والأصل أن جهالة العوض تمنع صحة

---

(١) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٤١/٥، المجموع للنووي ٢٦٩/٩، شرائع الإسلام للحلي ١١/٢.

(٢) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ١٠٩/٣، الشرح الصغير للدردير ٤٣٠/٢، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٠٥، أسنى المطالب ٢٠٢/٣، الإنصاف للمرداوي ٢٤٥/٨- ٢٤٦، التاج المذهب ٤٧/٢، شرح النيل ٣٠٤/٦.

خلافا لابن حزم الذي يرى صحة هذا النكاح، لأن النكاح عنده ليس كالبيع، بل هو تمليك، وكل ما جاز أن يتملك بالهبة أو بالميراث فجائز أن يكون صداقا، سواء حل بيعه أو لم يحل، حتى يجوز ـ عنده ـ بالكلب، والثمرة التي لم يبد صلاحها، والسنبل قبل اشتداده المحلى ٩٠/٩.

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات ٩/٣.

تسميته كما في البيع لكونها مفضية إلى المنازعة[١].

٤- من شرط الصداق أن يكون مملوكا للزوج[٢] قياسا على وجوب ملك الثمن والمبيع للعاقد والمعقود له أو من أقيما مقامه، فتملكهما شرط في الجواز واللزوم معا دون الصحة؛ لأن تصرف الفضولي وإن كان صحيحا إلا أنه محرم على المشهور وغير لازم يتوقف لزومه على رضا من له الحق[٣].

٥- وفي عصرنا الحاضر تعددت الصناعات وتنوعت، وصارت أجناسا كل جنس يضم تحته أنواعا ـ موديلات ـ مختلفة، متفاوتة الأثمان، تجد ذلك في السيارات، والأجهزة التي تدخل كل ميادين الحياة، من كومبيوترات، وآلات تسجيل، وغيرها، فإذا تزوج رجل امرأة على شيء من ذلك فلا بد من مراعاة الأوصاف في الأجناس والأنواع، بحيث تنتفي الجهالة، وينعدم الغرر.

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٨٢.
(٢) انظر: حاشية العدوي على الخرشي ٣/٢٥٢.
(٣) انظر: حاشية ابن الشاط على أنوار البروق ٣/٢٣٨.

رقم القاعدة/الضابط: ١٥٠٧

نص الضابط: الْأَصْلُ فِي التَّسْمِيَةِ أَنَّهَا إنْ صَحَّتْ وَتَقَرَّرَتْ يَجِبُ الـمُسَمَّى وَإِذَا فَسَدَتِ التَّسْمِيَةُ أَوْ تَزَلْزَلَتْ يَجِبُ مَهْرُ الـمِثْلِ[1].

صيغ ذات علاقة :

١- النكاح الصحيح الذي سمي منه ما لا يصلح مهرا يجب فيه مهر المثل[2]. (أخص).

٢- الواجب في النكاح الفاسد الأقل من المسمى ومهر المثل إن كان تسمية وإن لم يكن يجب مهر المثل بالغا ما بلغ[3]. (العموم والخصوص).

شرح الضابط :

المراد بالأصل هنا القاعدة المستمرة.

---

(١) الفتاوى الهندية لعلماء الهند ١/٣٠٣، بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٧٧، التاج المذهب للعنسي ٢/٥٣.

(٢) المثلي والقيمي للقره داغي ١/١٠٧.

(٣) مجمع الضمانات لابن غانم ٢/٧٢٤، وانظر: رد المحتار ٣/٤٢.

والمقصود بالتسمية المهر: وهو المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها أو بالدخول بها(١).

وهو حق واجب للمرأة على الرجل عطية من الله تعالى مبتدأة، أو هدية أوجبها على الرجل بقوله تعالى: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ﴾ [النساء: ٤] وذلك إظهارا لخطر هذا العقد، وتكريما للمرأة.

ويشترط في المهر عدة شروط منها(٢):

١- أن يكون مما يجوز تملكه وبيعه من العين (الذهب والفضة) والعروض ونحوها، فلا يجوز بمحرم شرعا كالخمر والخنزير وغيرهما مما لا يتملَّك.

٢- أن يكون معلومًا: لأن الصداق عوض في حق معاوضة، فأشبه الثمن، فلا يجوز إلا بمعلوم.

٣- أن يسلم من الغرر: فلا يجوز ببعير شارد ولا بسمك في البحر ولا بطيور في الهواء.

وزاد الحنفية شرطًا وهو أن يكون النكاح صحيحًا، فلا تصح التسمية في النكاح الفاسد، ولا يلزم المسمى؛ لأن الفاسد ليس بنكاح، ولكن يجب مهر المثل بالوطء.

وبناء على تلك الشروط وضع الفقهاء ضوابط لما يصلح أن يكون مهرًا وما لا يصلح:

فقال الحنفية(٣): المهر: هو كل مال متقوم معلوم مقدور على تسليمه

---

(١) نهاية المحتاج ٦/٣٣٤، كشاف القناع ٥/١٢٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٧٧- ٢٨٧، الشرح الكبير للدردير ٢/٢٩٤، مغني المحتاج ٣/٢٢٠، كشاف القناع ٥/١٤٧.

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/١٤٣، بدائع الصنائع ٢/٢٧٧-٢٨٧، الدر المختار ٢/٢٥٣، ٤٥٨، ٤٦١.

فيصح كون المهر ذهبًا أو فضة، مضروبة أو سبيكة، أي نقدًا أو حليًا ونحوه، دينًا أو عينًا، ويصح كونه فلوسًا أو أوراقًا نقدية، مكيلاً أو موزونًا، حيوانًا أو عقارًا، أو عروضًا تجارية كالثياب وغيرها.

وقال المالكية[(١)]: المهر: هو كل متموَّل شرعًا من عَرَض أو حيوان أو عقار، طاهر لا نجس إذ لا يقع به تقويم شرعًا، منتفع به شرعًا، إذ غير المنتفع به كآلة اللهو لا يقع به تقويم، مقدور على تسليمه للزوجة، معلوم قدرًا وصنفًا وأجلاً.

فلا يصح كون المهر غير متمول: كقصاص وجب للزوج على زوجته، فتزوجها على تركه، فيفسخ قبل الدخول، فإن دخل وجب صداق المثل، ويرجع للدية ومثل سمسرة كأن يتزوجها سمسارًا في بيع سلعة لها.

ولا يصح على ما لا يملك شرعًا كخمر وخنزير ونجس كروث دابة، ولا على غير مقدور على تسليمه كآبق، وما فيه غرر كجنين وثمرة لم يبد صلاحها على أن تبقى حتى تطيب، ولا على مجهول كشيء أو ثوب لم يعين نوعه، أو دنانير لم يبين قدرها، أو شيء لم يبين أجل تسليمه، أو فرس من أفراسه يختاره هو لا هي؛ لاحتمال اختياره الأدنى أو الأعلى، أما إذا كان الاختيار لها، على أنها لا تختار إلا الأحسن فيجوز، إذ لا غرر.

ولا يجوز المهر على منفعة لا يستحق في مقابلها المال، فلا تصح مهرًا، كأن يتزوجها ويجعل مهرها طلاق ضَرتها، أو ألا يتزوج عليها، أو ألا يخرجها من بلدها، فإن كل منفعة من هذه المنافع لا تصلح أن تكون مهرًا؛ لأنها لا تقابل بمال، ولا يجوز في المشهور عندهم كالحنفية النكاح على الإجارة كالخدمة وتعليم القرآن.

---

(١) الشرح الصغير للدردير ٢/٤٢٩ - ٤٣٢، ٣٨٥، القوانين الفقهية ص ٢٠١، بداية المجتهد ٢/٢٠، ٢٧.

وقال الشافعية والحنابلة[١] : كل ما صح مبيعًا صح صداقًا، أو كل ما صح ثمنًا أو أجرة صح مهرًا وإن قلّ، وهو: كل متمول سواء أكان عينًا أم دينًا، معجلاً أم مؤجلاً، عملاً أم منفعة معلومة، كرعاية غنمها مدة معلومة، وخياطة ثوبها، ورد آبقها من موضع معين، وخدمة مدة معينة، وتعليم القرآن أو شيء من الشعر المباح أو الأدب، أو تعليم كتابة أو صنعة وغيرها من المنافع المباحة.

وقالت الزيدية: وإنما يُمهَر مالٌ أو منفعة في حكمه جائزة مقدورة غير واجبة ولا محظورة[٢].

فتبين مما سبق أن المهر إذا صح وتقرر بأن وجدت شروطه المحددة جميعا كان من اللازم الصيرورة إلى المسمى، أما إذا فسدت التسمية فيه بأن اختل شرط من شروطه المتقدمة فإنه يجب مهر المثل باتفاق الفقهاء، ويفسد العقد أيضًا عند المالكية، ويجب فسخ الزواج إلا إذا دخل الرجل بالمرأة، فإن دخل بها وجب مهر المثل وقال الجمهور: إذا فسد المهر لا يفسد العقد، بل يكون صحيحًا، فإن حصلت الفرقة قبل الدخول، كان لها المتعة، وإن حصلت الفرقة بعد الدخول كان لها مهر المثل؛ لأن فساد المهر لا يزيد على عدم تسميته عند العقد، فإذا صح العقد مع عدم المهر، صح بفساد المهر؛ لأن ذكره كالعدم.

ومهر المثل: هو القدر الذي يرغب به في أمثال الزوجة[٣] ذلك أن «الواجب الأصلي في باب النكاح هو مهر المثل وقيمة الشيء مثله من كل وجه، فكان هو العدل، وإنما التسمية تقدير لمهر المثل فإذا لم تثبت التسمية لوقوع

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/٢٢٠، ٢٢٥، المجموع للنووي ٢/٥٦، كشاف القناع ٥/١٤٣- ١٤٧، المغني ٦/٦٨٧، ٦٩٤، ٦٩٨.

(٢) التاج المذهب ٢/٤٠.

(٣) انظر: روضة الطالبين للنووي ٧/٢٨٦.

الاختلاف فيها وجب المصير إلى الواجب الأصلي»[١].

والمعتبر في مهر المثل هو الحلول، فلا يجب إلا حالاً، لأنه بدل متلف فأشبه قيم المتلفات، ولا يكون إلا من نقد البلد[٢].

ثم اختلف الفقهاء فيمن يعتبر بها مهر المثل من قريبات الزوجة:

فذهب الحنفية وهي رواية عن أحمد بن حنبل إلى أن مهر مثل الزوجة يعتبر بأخواتها وعماتها وبنات أعمامها لقول ابن مسعود رضي الله عنه: «لها مهر مثل نسائها لا وكس فيه ولا شطط»[٣] وهن أقارب الأب؛ ولأن الإنسان من جنس قوم أبيه، وقيمة الشيء إنما تعرف بالنظر في قيمة جنسه؛ ولا يعتبر مهر مثلها بأمها وخالتها إذا لم تكونا من قبيلتها[٤].

وقال الحنفية أيضا: يعتبر في مهر المثل أن تتساوى المرأتان في السن والجمال والعقل والدين والبلد والعصر لأن مهر المثل يختلف باختلاف الدار والعصر لأن البلدين تختلف عادة أهلهما في المهر في غلائه ورخصه[٥].

وذهب المالكية إلى أن الأصل في مهر المثل اعتبار أربع صفات: الدين والجمال والحسب والمال؛ ومن شرط التساوي: الأزمنة والبلاد، إلا أن تكون لهم عادة مستمرة في تعيين المهر فيصار إليها؛ وفي كتاب محمد: يعتبر شبابها وجمالها في زمنها ورغبة الناس فيها؛ وينظر في الزوج فإن زوجوه لإرادة صلته

(١) بدائع الصنائع ٢/٣٠٥.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٧/١٩٠.

(٣) رواه أحمد ٢٥/٢٩١ (١٥٩٤٣) وفي مواضع أخر، وأبو داود ٣/٣٤ (٢١٠٧)، والترمذي ٣/٤٥٠ - ٤٥١ (١١٤٥)، والنسائي ٦/١٢١ (٣٣٥٤)، وابن ماجه ١/٤٠٩ (١٨٩١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٤) انظر: الهداية مع شروحها ٢/٤٧٠- ٤٤١، المغني لابن قدامة ٦/٧٢٣.

(٥) انظر: الهداية مع شروحها ٢/٤٧١، بدائع الصنائع ٢/٢٧٨.

ومقاربته خفف عنه؛ وإن كان على غير ذلك كمل لها صداق المثل[(١)].

وقالوا: لا ينظر في تحديد مهر مثل الزوجة إلى أختها وقرابتها إذ يزوج الفقير لقرابته والبعيد لغناه؛ وإنما ينظر لمثلها من مثله[(٢)].

وقال الشافعية: يراعى في مهر المثل أقرب من تنسب من نساء العصبة، وأقربهن أخت لأبوين ثم لأب ثم بنات أخ لأبوين ثم لأب ثم عمات لأبوين ثم لأب؛ فإن فقد نساء العصبة أو لم ينكحن أو جهل مهرهن فيعتبر مهرها بأرحامها تقدم القربى فالقربى كجدات وخالات؛ ويعتبر مع ما تقدم المشاركة في الصفات المرغبة كسن وعقل ويسار وبكارة وثيوبة وفصاحة وما اختلف به غرض كالعلم والشرف لأن المهور تختلف باختلاف هذه الصفات[(٣)].

وذهب الحنابلة إلى أنه يعتبر مهر المثل بمن يساوي الزوجة من جميع أقاربها من جهة أبيها وأمها كأختها وعمتها وبنت أخيها وبنت عمها وأمها وخالتها وغيرهن، القربى فالقربى لحديث ابن مسعود رضي الله عنه «لها مثل مهر نسائها» ولأن مطلق القرابة له أثر في الجملة[(٤)].

كما يعتبر عندهم أيضًا التساوي في المال والجمال والعقل والأدب والسن والبكارة أو الثيوبة والبلد وصراحة نسبها وكل ما يختلف لأجله المهر؛ لأن مهر المثل بدل متلف فاعتبرت الصفات المقصودة فيه[(٥)].

وقالت الزيدية: يرجع في مهر المثل إلى قرابتها من جهة أبيها كأختها ثم بنات عمها ثم عماتها ثم بنات عماتها، فإن فُقِدْنَ فقرابتها من جهة أمها ما لم

---

(١) انظر: عقد الجواهر الثمينة لابن شاس ١١٥/٢، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٠٧.

(٢) انظر: كفاية الطالب الرباني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني ٤٩/٢- ٥٠.

(٣) انظر: مغني المحتاج ٢٣٢/٣، ٢٣٣، روضة الطالبين ٢٨٦/٧، ٢٨٧.

(٤) انظر: كشاف القناع ١٥٩/٥.

(٥) انظر: شرح منتهى الإرادات ٨٢/٣، كشاف القناع ١٥٩/٥- ١٦٠.

تكن أمها وضيعة وأبوها رفيع، فإن لم يوجد شيء من ذلك رُجع إلى مهر مثلها في صفاتها من نساء بلدها الذي نشأت فيه[١].

أدلة الضابط :

أولاً : قوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤].

يستفاد من هذه الآية الكريمة أن النكاح له حظ من المعاوضة وإن كان مبناه على المكارمة، وقد تقرر أن «مبنى المعاوضة على المعادلة، وقيمة الشيء هي التي تعادله، إلا أن عند التسمية يعدل عنها إلى المسمى فإذا فسدت وجب العوض الأصلي وهو مهر المثل»[٢]، فالمعنى: «فما انتفعتم وتلذذتم بالجماع من النساء بالنكاح الصحيح ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ أي مهورهن، فإذا جامعها مرة واحدة فقد وجب المهر كاملا إن كان مسمى، أو مهر مثلها إن لم يسم»[٣].

ثانيًا : عن قتادة أيضًا «أن رجلا أتى ابن مسعود فسأله عن امرأة توفي عنها زوجها ولم يدخل بها ولم يفرض لها؟ فقال له ابن مسعود: سل الناس فإن الناس كثير فقال الرجل: والله لو مكثت حولا ما سألت غيرك، فردده ابن مسعود شهرا، ثم قام فتوضأ ثم ركع ركعتين ثم قال: اللهم ما كان من صواب فمنك وما كان خطأ فمني، ثم قال: أرى لها صداق أحد نسائها، ولها الميراث مع ذلك، وعليها العدة فقام رجل من أشجع فقال: أشهد لقضيت فيها بقضاء رسول الله ﷺ في بروع بنت واشق كانت تحت هلال بن أمية فقال ابن مسعود: هل سمع هذا معك أحد، قال: نعم، فأتى بنفر من قومه فشهدوا بذلك، فما رأوا ابن

---

(١) انظر: التاج المذهب للعنسي ٢/٤٨.
(٢) بدائع الصنائع ٤/٧٦.
(٣) تفسير القرطبي ٥/١٢٩.

مسعود فرح بشيء ما فرح بذلك، وافق قضاء رسول الله ﷺ[١].

ومفاد هذا الحديث أن النكاح لا يخلو عن مهر أو عقر، وأن الواجب الأصلي فيه هو مهر المثل، فحيث لم يسم الزوج مهرا لزوجته كان الرجوع إلى الأصل لازم ومتأكد، «والموت معنى يكمل به المسمى فيكمل به مهر المثل للمفوضة كالدخول»[٢].

تطبيقات الضابط:

١- إذا كان المهر مما يجوز تملكه وبيعه من الذهب والفضة والعروض ونحوها جازت التسمية على خلاف بين الفقهاء في تقدير أقل المهر وأما إن كان مما لا يجوز تملكه شرعا، فإن التسمية تعتبر فاسدة، كأن يتزوج مسلم مسلمة على الميتة أو الدم المسفوح أو الخمر أو الخنزير؛ لأن الميتة والدم ليسا بمال في حق أحد، والخمر والخنزير ليسا بمال متقوم في حق المسلم.

فإن أصدقها شيئا من ذلك بطل الصداق لأن تسمية ذلك كعدمه، ولها صداق المثل بالدخول[٣].

٢- تصح التسمية وتتقرر فيما إذا كان المهر معلومًا، لأن الصداق عوض في حق معاوضة، فأشبه الثمن، فلا يجوز بمجهول إذا كانت الجهالة فاحشة فيه وهي: ما كان الجنس أو النوع أو المقدار فيها مجهولاً مثال جهالة الجنس: أن يقول رجل لامرأة: أتزوجك على حيوانٍ أو دابة أو ثوبٍ، ولم يعيِّن جنسا من ذلك؛ لأن كل واحد منها جنس يدخل

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) المغني ٧/١٨٩.

(٣) انظر: المبسوط ٦/١٩١، بدائع الصنائع ٦/٤٩، المغني ٧/١٧٠.

تحته أنواع مختلفة ومثال جهالة النوع: أن يتزوجها على قماش دون بيان نوعه، أو على دار دون بيان حجمها؛ لأن للقماش أنواعًا مختلفة، وتختلف الدار في الصغر والكبر، والبلد والموقع، والهيئة والطريق.

ومثال جهالة القدر: أن يتزوجها على شيء من المال غير مقدَّر.

فإذا حصل الدخول بمهر مجهول، فإن التسمية تعتبر فاسدة، وعليه فاللازم هو مهر المثل فقط بالغا ما بلغ؛ لأن الأصل في التسمية أنها إذا صحت وتقررت وجب المسمى، وإذا فسدت التسمية أو تزلزلت وجب مهر المثل[1].

٣- إذا سَلِم المهر من الغرر صحت التسمية وتقررت، أما إذا دخله الغرر، فإن التسمية حينئذ تعتبر فاسدة، كمن تزوج امرأة على شيء لا يعرف حاله، مثل أن يتزوجها على ما في بطون الحيوان لأن ما في البطن ليس بمال متقوم في الحال، ولكن باعتبار المآل هو مال بعد الانفصال، إلا أن أحد العوضين في النكاح لا يحتمل التعليق بالشرط، فكذلك العوض الآخر، ولا يمكن تصحيح التسمية في الحال، لأن المسمى ليس بمال، ولا باعتبار المآل؛ لأنه في معنى الإضافة أو التعليق بالانفصال فكان لها مهر مثلها.

ومما يدخل في الغرر أيضًا ما ليس مقدورا على تسليمه كالبعير الشارد والسمك في الماء، فإن وقوع المهر في ذلك مفسد للتسمية، فيقع به مهر المثل؛ لأن الأصل في التسمية أنها إذا صحت وتقررت وجب المسمى، وإذا فسدت التسمية أو تزلزلت وجب مهر المثل[2].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٢/١٥٠- ١٥١، رد المحتار لابن عابدين ٣/١٠٩.

(٢) انظر: المبسوط ٦/١٨٨.

٤- إذا تزوج رجل امرأة وكان الصداق مالا معيبا، لم يثبت المسمى، بل يجب مهر المثل[1]؛ لأن الأصل في التسمية أنها إذا صحت وتقررت وجب المسمى، وإذا فسدت التسمية أو تزلزلت وجب مهر المثل والتسمية هنا فاسدة فوجب مهر المثل.

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) المجموع شرح المهذب ٩/٣٦٧.

رقم القاعدة/الضابط: ١٥٠٨

نص الضابط: الخَلْوَةُ الصَّحِيحَةُ بِمَنْزِلَةِ الدُّخُولِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الخلوة تقوم مقام الوطء[٢].

٢- الخلوة الصحيحة وطء حكما[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- كل خلوة يتمكن بها من الوطء حسا وهو ممنوع شرعا توجب العدة دون كمال المهر[٤]. (أخص).

٢- الخلوة كالدخول إذا لم يوجد ما يمنع من الوطء[٥]. (قيد).

٣- الخلوة كالشاهد[٦]. (بيان).

---

(١) العناية شرح الهداية ٣/٣٣١، وانظر: أحكام القرآن للجصاص ١/٥٩٦- ٥٩٧، بدائع الصنائع للكاساني ٣/١٩١، كشاف القناع ٥/١٥٢، البحر الزخار ٤/١٠٣، شرح النيل وشفاء العليل ٦/٢٧٣.

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٢١٧.

(٣) رد المحتار لابن عابدين ٣/١٧٤، وانظر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٢/٧٣٤، شرح النيل وشفاء العليل ٦/٤٤١.

(٤) الفتاوى الأنقروية ١/٩٤.

(٥) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٣/١١٨.

(٦) الذخيرة للقرافي ٤/٣٧٦.

٤- الخلوة في دعوى الإصابة بالزوجة تجري مجرى اللوث في القسامة[١]. (بيان).

٥- الخلوة كالوطء في بعض الأحكام[٢]. (بيان).

شرح الضابط :

الخلوة في اللغة : من خلا الرجل بصاحبه وإليه ومعه خلوا وخلاء وخلوة: انفرد به واجتمع معه في خِلوة وكذلك خلا بزوجته خلوة[٣] والخلوة في اصطلاح الفقهاء لا تخرج عن المعنى اللغوي الموضوع لها.

ومعنى الضابط أن الفقهاء رتبوا على خلوة الزوج بزوجته خلوة صحيحة نفس الأحكام التي رتبوها على دخوله بها.

وتظهر ثمرة الضابط خصوصا في الحالات التي يقع الطلاق فيها بعد الخلوة.

وبيان ذلك أن الطلاق لا يخلو من ثلاث حالات: إما أن يقع قبل الدخول بلا خلوة، وإما بعده بتحقق وطء، وإما أن يقع بعد العقد لكن بعد خلوة صحيحة تظهر معها مظنة الدخول ولو لم يحصل دخول.

ولكل حالة من الحالات الثلاث أحكامها المتفرعة عنها.

والفقهاء لم يختلفوا في حكم الطلاق قبل الدخول، ولا في حكمه بعد الدخول، حيث لم يوجبوا في الأول إلا ما أوجبه النص، وهو نصف المهر المسمى فقط.

أما الثاني وهو الطلاق بعد الدخول، فتترتب عليه جميع الحقوق من

---

(١) الحاوي للماوردي ١٢/٥٤٣.

(٢) جامع الفصولين لابن قاضي سماونة ١/١٩٤.

(٣) انظر: الصحاح في اللغة للجوهري (خلا)، لسان العرب لابن منظور ١٤/٢٣٧ (خلا).

تكميل صداق، ووجوب عدة ونفقة، وسكنى، وغير ذلك كما هو معروف.

لكنَّ اختلاف الفقهاء في تلك الأحكام المتقدمة إنما يظهر بعد عقد القران بين الزوجين وحصول خلوة الرجل بامرأته عن الأنظار، فلم يدْر أحدٌ هل دخل بها أو لم يدخل.

فمن ذهب إلى تغليب حكم العادة والطبْع والغريزة، ترجَّح عنده جانب الدخول في الحكم وهم الجمهور كما سيأتي.

ومن ذهب إلى أن العبرة في ذلك هو تحقق الدخول كالشافعي في الجديد ومن وافقه، لم يوجبوا في الخلوة شيئا، وإنما ألحقوا حكمها بحكم الطلاق قبل الدخول الذي سبق حكمه[1].

والذين ذهبوا إلى الرأي الأول وهم الجمهور القائلون بالضابط قسموا الخلوة إلى قسمين: صحيحة، وفاسدة.

فالخلوة الصحيحة عندهم هي التي خلت عن الموانع الموجبة لفسادها، والفاسدة عكسها.

فالصحيحة كما يقول الحنفية أو خلوة الاهتداء كما يطلق عليها المالكية:

هي عند الحنفية التي لا يكون معها مانع من الوطء لا حسي ولا شرعي.

ومثال المانع الحسي عندهم: أن يكون أحد الزوجين مريضا مرضا يمنع الجماع، أو صغيرا لا يجامع مثله، أو صغيرة لا يجامع مثلها، أو كانت المرأة رتقاء[2] أو قرناء[3]؛ لأن الرَّتْقَ وَالقَرَنَ يمنعان من الوطء.

---

(١) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٣/٢٩٢، شرح مختصر خليل للخرشي ٣/٢٦١، تحفة المحتاج ٨/٢٣٢، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٣/٣٢٦.

(٢) والرتْق، بالسكون: ما يمنع من دخول الذكر في فرج الأنثى من غدة غليظة أو لحم أو عظم انظر: الكليات للكفوي ص٤٨٠.

(٣) القَرَنُ: ما يمنع سلوك الذكر في الفرج، وهو إما غدة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم ناتئ محدد الرأس كقرن الغزال، يمنع الجماع انظر: المصباح للفيومي ١/٢٥٩.

ومثال المانع الشرعي : أن يكون أحدهما صائما صوم رمضان[١] أو محرما بحج أو بعمرة، أو تكون المرأة حائضا أو نفساء؛ لأن كل ذلك محرم للوطء، فكان مانعا من الوطء شرعا، والحيض والنفاس يمنعان منه طبعا أيضًا لأنهما أذى، والطبع السليم يشمئز من الاقتراب من المرأة في هذه الحالة.

وأما عند المالكية : فالخلوة الصحيحة هي «خلوة الاهتداء»، من الهدوء والسكون؛ لأن كل واحد من الزوجين سكن للآخر واطمأن إليه، وهي المعروفة عندهم بـ «إرخاء الستور»، كان هناك إرخاء ستور فعلا أو غلق باب أو غيره فقط.

ومن الخلوة الصحيحة عندهم أيضًا خلوةُ الزيارة أي زيارة أحد الزوجين للآخر.

وتكون بخلوة بالغ - ولو كان مريضا - إذا كان مطيقا للوطء ولو كانت الزوجة التي يخلو بها حائضا، أو نفساء، أو صائمة[٢].

وقال الحنابلة: الخلوة التي يترتب عليها أثرٌ هي الخلوة التي تكون بعيدة عن مميز وبالغ مطلقا، مسلما أو كافرا، ذكرا أو أنثى، أعمى أو بصيرا، عاقلا أو مجنونا، مع علمه بأن المرأة عنده، ولم تمنعه من الوطء إن كان الزوج يطأ مثله كابن عشر فأكثر، وكانت الزوجة يوطأ مثلها كبنت تسع فأكثر، فإن كان أحدهما دون ذلك لم يتقرر بالخلوة شيء ولم يرتب لها أثر.

---

(١) وأما في غير صوم رمضان فقد ذكر بشر عن أبي يوسف أن صوم التطوع وقضاء رمضان والكفارات والنذور لا تمنع صحة الخلوة وذكر الحاكم في مختصره أن نفل الصوم كفرضه فصار في المسألة روايتان ووجه الرواية الأخيرة أن صوم التطوع يحرم الفطر من غير عذر فصار كحج التطوع وذا يمنع صحة الخلوة وفي رواية بشر أن صوم غير رمضان مضمون بالقضاء لا غير، فلم يكن قويا في معنى المنع، بخلاف صوم رمضان، فإنه يجب فيه القضاء والكفارة انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٩٢- ٢٩٣.

(٢) انظر: الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/٤٦٨.

ولا يمنع أثر الخلوة نوم الزوج ولا كونه أعمى ولا وجود مانع حسي بأحد الزوجين كجب ورتق ولا وجود مانع شرعي بهما أو بأحدهما كحيض وإحرام وصوم واجب[١].

والخلوة لا يترتب عليها الأثر السابق عند الشافعية في الجديد لقول الله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٧] والمراد بالمس الجماع[٢].

والذي يظهر أن عبارات الفقهاء القائلين بتأثير الخلوة الصحيحة في النكاح يجمع بينها معنى واحد هو أن الخلوة تحصل بكل ما هو متعارف عليه مما لا يستشعر أصحاب الفطر السليمة بحصول انقباض الزوجين أو حيائهما في تحقيق مآربهما في تلك الخلوة، مع وجود الداعي وانتفاء المانع، وإنما زاد بعضهم في قيود الخلوة الصحيحة حصول هذا المعنى.

أدلة الضابط :

١- قوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا ۚ أَتَأْخُذُونَهُۥ بُهْتَـٰنًا وَإِثْمًا مُّبِينًا ﴿٢٠﴾ وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢٠ - ٢١].

وجه الدلالة من الآية الكريمة هو أن الخلوة الصحيحة في حكم الدخول، لأنها مظنته؛ ذلك أن الإفضاء هو الخلوة ولو لم يقع دخول على ما ذكر الفراء وهو إمام في اللغة؛ إذ الإفضاء مأخوذ من الفضاء،

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٧٦، ٨٣، المغني لابن قدامة ٦/٧٢٤.
(٢) انظر: مغني المحتاج ٣/٢٢٥.

وهو المكان الذي ليس فيه بناء حاجز عن إدراك ما فيه، وسميت الخلوة إفضاء لزوال المانع من الوطء والدخول[١].

٢- وعن سعيد بن المسيب أن عمر «قضى في المرأة إذا تزوجها الرجل أنه إذا أرخيت الستور فقد وجب لها الصداق»[٢]، وعن علي رضي الله عنه قال: إذا أغلق الباب وأرخي الستر فقد وجب الصداق[٣].

٣- وعن زيد بن ثابت رضي الله عنه في الرجل يخلو بالمرأة، فيقول: لم أقربها، وتقول قد قربني، قال: القول قولها[٤].

وجه الاستدلال من الخبرين المنقولين عن هذين الصحابيين هو اعتبار أن الخلوة الصحيحة في حكم الدخول ولو لم يقع دخول.

٤- وعن زرارة بن أوفى قال: «قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه من أغلق بابا أو أرخى سترا فقد وجب المهر ووجبت العدة»[٥].

وجه ذلك أنه أخبر أنه قضاء الخلفاء الراشدين، وقد روي عن النبي ﷺ أنه قال: «عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي وعضوا عليها بالنواجذ»[٦].

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١/٥٩٧.

(٢) رواه مالك في الموطأ ٢/٥٢٨ (١٢)، البيهقي في الكبرى ٧/٢٥٥ (١٤٨٧٢).

(٣) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٣/٥١٩ (١٦٦٩٠).

(٤) رواه سعيد بن منصور ١/٢٣٤ (٧٦٥)، البيهقي في الكبرى ٧/٤١٧ (١٤٤٨٥).

(٥) رواه عبد الرزاق في المصنف ٦/٢٨٨ (١٠٨٥٧)، سعيد بن منصور في سننه ١/٢٣٤ (٧٦٢)، ابن أبي شيبة في مصنفه ٣/٥٢٠ (١٦٦٩٥).

(٦) رواه أحمد ٢٨/٣٧٣ (١٧١٤٤)، وأبو داود ٥/١٩٢-١٩٣ (٤٥٩٩)، والترمذي ٥/٤٤-٤٥ (٢٦٧٦)، وابن ماجه١/١٥-١٦ (٤٢)، ١/١٦ (٤٣) والدارمي ١/٤٣-٤٤ (٩٦)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

٥- الإجماع، فقد حكى الطحاوي إجماع الصحابة في وجوب المهر في الخلوة[١].

تطبيقات الضابط:

١- من خلا بامرأته خلوة صحيحة حيث لا مانع من الوطء، فإنه يتقرر الصداق للمختلى بها ولو لم يحصل وطء عند الجمهور؛ لأن الخلوة الصحيحة الخالية من الموانع توجب كمال المهر لأنها كالدخول؛ إذ هي مظنة الوطء، بل عند المالكية يتقرر الصداق على الزوج ولو مع المانع الشرعي كالإحرام والصوم[٢].

٢- من خلا بامرأته خلوة صحيحة وجبت عليها العدة كاملة، ولو لم يحصل وطء؛ لأن الخلوة الصحيحة في حكم الوطء؛ ولأن العدة أيضًا حق لله تعالى[٣].

٣- يثبت حق الرجعة في الطلاق دون الثلاث للزوج المطلق لزوجته التي خلا بها ما لم تنقض عدتها؛ لأن الخلوة الصحيحة كالوطء[٤].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي ١٤٢/٢.

(٢) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٢٣٦/٣، الجوهرة النيرة ١٥/٢، المدونة لسحنون ٢٣٠/٢، شرح مختصر خليل للخرشي١٣٦/٤، الإنصاف للمرداوي ٢٨٦/٨، البحر الزخار ١٠٣/٤، شرح النيل وشفاء العليل ٣٤٦/٧، التاج المذهب لأحكام المذهب ٤٥/٢، فتاوى دار الإفتاء المصرية ٢٩٧١/٨.

وخالف الشافعية والإمامية في ذلك كله في أصح القولين عندهم، فلا يجب المهر بالخلوة الصحيحة إلا في القول المرجوح انظر: حاشيتي قلبوبي وعميرة ٢٧٥/٣، الروضة البهية ٣٥٣/٢.

(٣) انظر: المبسوط ١٦/٦، شرح مختصر خليل للخرشي ٢٣٦/٤، المغني لابن قدامة ١١٣/٨، نيل الأوطار للشوكاني ٣٦٤/٦، البحر الزخار ١٠٣/٤، فتاوى دار الإفتاء المصرية ٢٩٧١/٨.

(٤) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٨٢/٤، المغني لابن قدامة ٨٠/٨، الإنصاف ٢٨٤/٨- ٢٨٥، ١٥٠/٩، ١٥٦.

وعند الحنفية لا رجعة للمطلقة المختلى بها، إذ الخلوة الصحيحة عندهم لا تكون كالوطء في حكم الرجعة انظر: رد المحتار ٣٨٦/٣.

٤- إذا طلق الرجل امرأته بعد الخلوة الصحيحة لزمه الولد إلى سنتين من يوم الطلاق؛ لأن النكاح بالطلاق قد ارتفع إلى عدة، ولما جعلنا الخلوة بمنزلة الدخول في إيجاب العدة فكذلك فيما ينبني عليه، وهو ثبوت نسب الولد[١].

٥- الخلوة الصحيحة توجب على الزوج حق نفقة زوجته في العدة إذا صدقته على الدخول لأن الخلوة الصحيحة كالدخول[٢] ودخول الرجل بامرأته يوجب نفقتها عليه.

٦- من خلا بامرأته حرمت عليه أختها ما دامت لم تنقض العدة، ويحرم عليه كذلك نكاح أربع نسوة سواها حتى تنقضي عدتها؛ لأن الخلوة الصحيحة كالدخول[٣].

استثناءات من الضابط:

١- لا يحصل الإحصان في الزوجين اللذين حصلت منهما خلوة صحيحة[٤]؛ لأن المقصود انكسار الشهوة بإصابة الحلال لاستغنائهما عن الحرام، وذلك لا يحصل بالخلوة[٥].

٢- لا تحل المطلقة ثلاثا على زوجها الأول بالخلوة الصحيحة[٦].

---

(١) انظر: المبسوط ٦/٥٠.
(٢) انظر: شرح مختصر خليل للخرشي ٤/٨٣.
(٣) انظر: كشاف القناع ٥/١٥٢.
(٤) انظر: المرجع السابق ٥/١٥٢.
(٥) انظر: المبسوط ٩/٤٣.
(٦) انظر: كشاف القناع ٥/١٥٢.

٣- لا تجب الكفارة على من خلا بزوجته خلوة صحيحة في حيض ولا إحرام[١].

٤- لا تحصل الفيئة في الإيلاء ممن خلا بامرأته خلوة صحيحة[٢].

٥- لا تفسد العبادات بالخلوة الصحيحة[٣].

٦- لا تحرم الربيبة على من خلا بامرأة خلوة صحيحة ولم يطأها خلافا للإباضية، فتحرم عندهم الربيبة بالخلوة الصحيحة ولو أقر الزوج بعدم المس[٤].

٧- خلوة العنين بامرأته لا يترتب عليها حكم الخلوة الصحيحة[٥] لعدم مظنة حصول الجماع، ووجه هذه الاستثناءات: أن هذه الأحكام منوطة بالوطء ولم يوجد[٦].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: المرجع السابق ٥/١٥٢.
(٢) انظر: المرجع السابق ٥/١٥٢.
(٣) انظر: المرجع السابق ٥/١٥٢.
(٤) انظر: المرجع السابق ٥/١٥٢، شرح النيل وشفاء العليل ٦/٢٩.
(٥) انظر: كشاف القناع ٥/١٥٢.
(٦) المرجع السابق ٥/١٥٢.



رقم القاعدة/الضابط: ١٥٠٩

نص الضابط : شُبْهَةُ النِّكَاحِ كَالنِّكَاحِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- شبهة النكاح تقام مقام الحقيقة في موضع الاحتياط[٢].

٢- وطء الشبهة شبيه بوطء النكاح[٣].

٣- كل تزويج كان على وجه الحلال يصيب صاحبه امرأة فهو بمنزلة التزويج الحلال[٤].

٤- الوطء بشبهة يأخذ حكم النكاح الصحيح في الحرمة[٥].

صيغ ذات علاقة :

١- الشبهة في باب النسب كالوطء بالنكاح[٦]. (أخص).

---

(١) الفواكه الدواني للنفراوي ١٨/٢.

(٢) بدائع الصنائع للكاساني ١٩٢/٣.

(٣) الفواكه الدواني ٥٠/٢، حاشية العدوي على كفاية الطالب الرباني١٠٨/٢.

(٤) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٣٠٧/٣.

(٥) الكليات الفقهية لابن غازي ٢٥٤/١.

(٦) التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١٣٧/٢، وانظر قاعدة: "الشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات"، في قسم القواعد الفقهية.

٢- كل وطء حرام كان بشبهة أو جهالة فالحد فيه ساقط والولد فيه لاحق[١]. (أخص).

٣- نكاح الشبهة في المحرمات كالنكاح الصحيح[٢]. (أخص).

٤- ما ليس بحرام على التأبيد فعقد النكاح يوجب شبهة فيه[٣]. (بيان).

٥- كل لفظ لا ينعقد به النكاح تنعقد به الشبهة[٤]. (مكمل).

شرح الضابط :

خلاصة القول في هذا الضابط : أن شبهة النكاح تقام مقام حقيقة النكاح في المواضع التي يحتاط فيها مثل النكاح، والنسب، والعدة، والحدود، مراعاة لقواعد الشرع ومقاصده التي منها حفظ النسب، ودرء الحدود.

أما ما لا يحتاط فيه كالنفقة وغيرها، فلا عبرة للشبهة فيه[٥].

الشبهة لغة : الالتباس، جمعها: شُبَهٌ، وشُبُهَاتٍ، قال الليث: المشتبهات من الأمور المشكلات[٦].

---

(١) المرجع السابق ٣٠٧/٣، وانظر قاعدة: "الشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات"، في قسم القواعد الفقهية.

(٢) روضة الطالبين للنووي ٤٤٨/٥، وانظر قاعدة: "الشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات"، في قسم القواعد الفقهية.

(٣) الجوهرة النيرة للعبادي ١٤٧/٢، وانظر قاعدة: "الشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات"، في قسم القواعد الفقهية.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعي ٩٨/٢، فتح القدير لابن الهمام ١٩٧/٣، وانظر قاعدة: "الشبهة كالحقيقة فيما يندرئ بالشبهات"، في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ١٩٢/٣، خلاصة الفتاوى لافتخار الدين البخاري ١٣٨/١.

(٦) انظر: لسان العرب لابن منظور ٥٠٣/١٣ (شبه)، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا لسعدي أبو جيب ص ١٨٩.

وفي الشرع : ما التبس أمره، فلا يدرى أحلال هو أم حرام، وحق هو أم باطل[١]، وبعبارة ابن عابدين «الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت»[٢].

والشبهة في المحل عند الحنفية : ما تحصل بقيام دليل ناف للحرمة ذاتا، كوطء معتدة من طلاق وقع بلفظ من ألفاظ الكناية[٣].

والوطء على ثلاثة أقسام : مباح، ومحرم، ووطء شبهة.

ووطء الشبهة محل خلاف بين العلماء.

وتحصل الشبهة في النكاح بشيئين:

١- الغلط.

٢- النكاح الفاسد المجمع على فساده بنسب أو رضاع، أو صهر، أو تزوج خامسة[٤].

ثم شبهة الشيء لا تستغني عن المحل كحقيقته، فكانت شبهة النكاح لا تثبت في غير النساء (المحل)، لأن معنى الشبهة قيام الدليل مع تخلف المدلول لمانع ويمتنع ذلك في غير المحل[٥].

ومثال شبهة النكاح في العقد أن وطئ الرجل امرأة تزوجها بغير شهود أو بغير ولي، أو بنكاح مؤقت وهو نكاح المتعة، فهذا لا يجب الحد فيه وإن كان الواطئ يعتقد التحريم لاختلاف العلماء في جواز عقد النكاح بغير شهود، أو بغير ولي، أو تأقيت العقد، والاختلاف يورث شبهة.

---

(١) القاموس الفقهي لغة واصطلاحا لسعدي أبو جيب ص ١٨٩.

(٢) رد المحتار ٤/٢٣.

(٣) انظر: المرجع السابق ص ١٨٩.

(٤) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٣/٣٠٧، منح الجليل لعليش ٤/٣٠١، الأم للشافعي ٤/٢٦٢.

(٥) انظر: كشف الأسرار لعبد العزيز بن أحمد بن محمد البخاري ٢/٢٨٣، شرح التلويح على التوضيح للتفتازاني ٢/٢٨٠.

وإذا تزوج إنسان من محارمه بسبب نسب أو رضاع أو صهارة موجبة لتحريم مؤبد، أو جمع بين أختين أو عقد على خمس زوجات أو تزوج معتدة الغير، وحصل وطء بموجب العقد، فلا حد عليه عند أبي حنيفة والثوري وإن علم بالحرمة، لكن عليه التعزير؛ لأنه وطء تمكنت الشبهة منه بسبب وجود صورة المبيح، وهو عقد النكاح، فلم يوجب الوطء حدًا.

وقال جمهور العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية: يجب الحد في كل وطء حرام على التأبيد؛ لأن النكاح باطل بالإجماع، ولا عبرة بشبهته؛ لأنها شبهة فاسدة، وما ليس بحرام على التأبيد، كالمحرم بالصهرية مثل أخت الزوجة، أو المختلف في تحريمه، كالنكاح بغير شهود: لا يوجب الحد.

وقيد المالكية وجوب الحد في وطء ذات الرحم المحرم أو ذات الرضاع أو الزوجة الخامسة بأن كان الواطئ عالمًا بالحرمة، فإن لم يعلم بالحرمة، فلا يحد.

وكذلك لا يحد عند الشافعية حال الجهل بالتحريم، أو بكون المرأة من المحارم.

ومنشأ الخلاف: أن الأصل عند أبي حنيفة أن النكاح إذا وجد ممن هو أهل له، في محل قابل لمقاصد النكاح، يمنع وجوب الحد، سواء أكان هذا النكاح حلالاً أم حرامًا، وسواء أكان التحريم مختلفًا فيه أم مجمعًا عليه، وسواء ظن الحل فادعى الاشتباه أم علم بالحرمة.

والأصل عند أبي يوسف ومحمد والجمهور: أن النكاح إذا كان محرمًا على التأبيد، أو كان تحريمه مجمعًا عليه، يجب الحد؛ لأن الوطء فيه صادف محلاً ليس فيه شبهة، وهو مقطوع بتحريمه.

وإن لم يكن محرمًا على التأبيد أو كان تحريمه مختلفًا فيه فلا يجب الحد[١].

وقول الصاحبين هو الأظهر، وعليه الفتوى عند الحنفية، لكن قال صاحب الدر المختار: «لكن المرجح في جميع الشروح قول الإمام، فكان الفتوى عليه أولى»[٢].

وقد وافق الجمهور في ذلك كل من الزيدية[٣]، والإمامية[٤]، والإباضية[٥].

أما الظاهرية، فإن ابن حزم وإن لم يعتبر شبهة النكاح، حيث قسم النكاح إلى حلال وباطل، ولا ثالث لهما، وعرف الباطل بأنه «كل عقد أو وطء لم يأمر الله تعالى به، ولا أباحه، بل نهى عنه، فهو الباطل، والحرام، والمعصية، والضلال»[٦]، إلا أنه ذكر تفريعا يوافق فيه الجمهور في بعض تفريعاتهم على الضابط وهو «من دخل بلدا فتزوج امرأة لا يعرفها، فوجدها أمه أو ابنته، فهذا يلحق فيه الولد، ولا يحد فيه حدٌّ بالإجماع»[٧].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣٥/٧، الفواكه الدواني للنفراوي ١٢/٢، الفروق للقرافي ١٧٤/٤، مغني المحتاج ١٤٥/٤ - ١٤٦، المجموع المهذب للنووي ٢٦٨/٢، المغني لابن قدامة ١٨٢/٨، رحمة الأمة ١٣٦/٢.

(٢) الدر المختار للحصكفي ١٦٨/٣.

(٣) انظر: التاج المذهب للصنعاني ٦٢/٢.

(٤) انظر: شرائع الإسلام للحلي ٢٣٢/٢- ٢٣٣.

(٥) انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٤٣٦/٦.

(٦) المحلى لابن حزم ٢٠١/١٢.

(٧) انظر: المرجع السابق ٢٠٢/١٢- ٢٠٣.

أدلة الضابط :

١- قوله ﷺ: «الحلال بين والحرام بين وبينهما أمور مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لعرضه ودينه، ومن وقع في الشبهات وقع في الحرام، كالراعي حول الحمى يوشك أن يقع فيه»(١).

وجه الاستدلال في الحديث: يؤكد هذا الحديث مبدأ اعتبار الشبهة كحقيقة واقعة في كثير من المسائل والأحكام.

كما يدل أيضًا على أن الشبهة مع خفائها على البعض لترددها بين عدة أمور محتملة، إلا أن لها حكما خاصا بها، عليه دليل شرعي، يستنبطه من أوتي ملكة الاستنباط.

فإذا علم بأي أصل تلتحق به، زال كونها شبهة، وكانت إما من الحلال، أو من الحرام(٢).

٢- قوله ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها، فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا، فالسلطان ولي من لا ولي له»(٣).

وجه الدلالة من الحديث: يؤخذ من قوله ﷺ: «فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها»: أن تفريع المهر، دليل على أن النكاح

---

(١) رواه البخاري ١/ ٢٠ (٥٢)، ٣/ ٥٣ (٢٠٥١)، ومسلم ٣/١٢١٩ - ١٢٢٠ (١٥٩٩)/(١٠٧)، من حديث النعمان بن بشير رضي الله عنه.

(٢) انظر: شرح الأربعين النووية ١/ ٢٦.

(٣) رواه أحمد ٤٠/ ٢٤٣ (٢٤٢٠٥)، والترمذي ٣/ ٤٠٧- ٤٠٨ (١١٠٢)، والنسائي في الكبرى ٥/ ١٧٩ (٥٣٧٣)، وابن ماجه ١/ ٦٠٥ (١٨٧٩)، والدارمي ٢/ ٦٢ (٢١٩٠)، وقال الترمذي: حديث حسن.

صحيح، فقالوا: إن المهر لشبهة النكاح[١].

قال الرافعي: «فيه أن وطء الشبهة يوجب المهر، وإذا وجب، ثبت النسب، وانتفى الحد»[٢].

تطبيقات الضابط :

١- إذا تزوج رجل من امرأة، فأدخل شخص عليه غيرها، وأخبره أنها امرأته التي عقد عليها، فظنها كذلك، فدخل بها، ثم تبين خلاف ذلك. فيلزم الواطئ مهر التي دخل بها، لأنه دخل بها بشبهة النكاح بخبر المخبر، وخبر الواحد في المعاملات حجة، فيصير شبهة في إسقاط الحد، وإذا سقط الحد، وجب المهر، وثبت النسب إن وجد، ولزمت الموطوءة العدة[٣]، لأن شبهة النكاح كالنكاح.

٢- من نكح ذات محرم، أو أخته، غير عالم، فحملت منه، فأنكر الولد، فلا ينتفي منه إلا باللعان، فإن نكلت حدت، وإن نكل حد للقذف، لأن هذا وطء شبهة، ووطء الشبهة شبيه بوطء النكاح، من حيث لحوق الولد، وعدم الحد[٤].

٣- إذا تلذذ الشخص بالمرأة بسبب شبهة النكاح، يحصل به التحريم لأصول المتلذذ بها وفروعها على المتلذذ، مثال ذلك: أن يطأ امرأة يظنها زوجته، أو يتزوج زواجا فاسدا مجمعا عليه، لكن يدرأ الحد، كأن يتزوج بمعتدة، أو خامسة، أو ذات محرم غير عالم، ويتلذذ بها،

---

(١) انظر: العرف الشذي شرح سنن الترمذي لمحمد أنور شاه الكشميري ٢/٤٦١.
(٢) فيض القدير ٣/١٨٥، وانظر: التيسير بشرح الجامع الصغير للمناوي ١/٨٣٣، عون المعبود شرح سنن أبي داود للعظيم آبادي ٦/١١٩.
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٥/٢٢.
(٤) انظر: الفواكه الدواني ٢/٥٠، حاشية العدوي على كفاية الطالب ٢/١٠٨.

فيحرم عليه فرع كل واحدة من المذكورات وأصلها[١]، والسبب في ذلك: أن هذا الوطء حصل بشبهة النكاح، وهي كالنكاح.

٤- إذا تكرر الوطء في نكاح الشبهة، فلا ريب أن الواجب على الرجل مهر واحد، كما تجب على الموطوءة عدة واحدة[٢]، إذ الواجب في النكاح الصحيح هو هذا، وشبهة النكاح كالنكاح.

٥- إذا دخل رجل بلدة، فتزوج امرأة لا يعرفها، ثم وجدها ذات محرم منه، فيلحق الولد به إن حصل، ولا يحد في هذا النكاح بالإجماع[٣]، لأن الوطء ناشئ عن جهل وغلط، فأورث شبهة، وشبهة النكاح كالنكاح.

٦- من تزوج امرأة غلطا، سواء غلط بها في زفاف أو غيره، وسواء كانت بكرا أو ثيبا بغير المعتاد أو بالمعتاد، فعليه المهر ولا حد عليه، لأن كل وطء محرم لا يوجب حدا على الواطئ أو الموطوءة، فهو يوجب المهر[٤]، ولأن هذا الوطء أورث شبهة والشبهة في النكاح كالنكاح.

٧- لو طلق رجل زوجته فوطئت بالشبهة، فإن أتت بولد به لأقل من ستة أشهر من وطء الثاني ولستة أشهر من وطء المطلق ألحق بالمطلق، أما

---

(١) انظر: الفواكه الدواني ٢/١٨ المنتقى شرح الموطأ ٣/٣٠٧.

(٢) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٥/٤٧٧.

وإذا نكح شخص امرأة نكاحا فاسدا ووطئها غيره بشبهة قبل وطئه أو بعده، ثم فرق بينهما، تلزمها عدتان، وقدمت عدة الواطئ بالشبهة، لتوقف عدة النكاح على التفريق، بخلاف عدة الشبهة فإنها من وقت الوطء، والسبب في العدة هو أن الوطء الفاسد يورث شبهة في المحل، والشبهة في النكاح كالنكاح.

انظر: أسنى المطالب ٣/٣٩٥- ٣٩٦.

(٣) انظر: المحلى ١٢/٢٠٣.

(٤) انظر: التاج المذهب ٢/٦٢.

لو كان الثاني له أقل من ستة أشهر وللمطلق أكثر من أقصى مدة الحمل لم يلحق بأحدهما.

وإن احتمل أن يكون منهما استخرج بالقرعة على تردد والأشبه أنه للثاني وحكم اللبن تابع للنسب.

وهذا وطء بالشبهة، وهو ينزل منزله النكاح الصحيح عند البعض، والأظهر أنه لا ينشر الحرمة ولكن يلحق معه الولد، ويسقط به الحد(١).

٨- كل وطء يدرأ عن صاحبه الحد يلحق فيه الولد، فمن وطئ امرأة وجدها على فراشه يظنها زوجته، فولدت، ولها زوج وطئها قبل الثاني، فإن الولد يلحقهما معا إذا جاء في المدة المعتبرة في ذلك، وقيل إنه للزوج إن دخل بها، فإن لم يدخل بها، فهل هو للواطئ أو للزوج، قولان ولها على الواطئ صداق المثل، إن لم تعلم، أو كانت لها حجة(٢) والسبب في ذلك أن ما حصل يورث شبهة النكاح، وشبهة النكاح كالنكاح.

الحسين أحمد درويش

* * *

---

(١) انظر: شرائع الإسلام ٢/٢٣١، ٢٣٢، ٢٣٣.

(٢) انظر: شرح النيل وشفاء العليل ٦/٤٣٦.



رقم القاعدة/الضابط: ١٥١٠

نص الضابط: كُلُّ نِكَاحٍ فَاسِدٍ فَفِيهِ مَهْرُ الْمِثْلِ إِنْ كَانَ مَدْخُولاً[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- النكاح الفاسد بعد الدخول يجب فيه مهر المثل[٢].

٢- النكاح الفاسد إنما يجب فيه مهر المثل والعدة بالوطء لا بمجرد العقد والخلوة[٣].

٣- الوطء في غير نكاح صحيح يجب فيه مهر المثل[٤].

٤- كل موضع حكمنا فيه ببطلان العقد فللزوجة مع الوطء مهر المثل[٥].

٥- في النكاح الفاسد إنما يجب مهر المثل بالوطء[٦].

٦- كل نكاح منفسخ فإن للمرأة صداق المثل إذا مسّت لا ما فرض لها[٧].

---

(١) التلخيص لابن القاص ١/٥٠٣.

(٢) المثلي والقيمي للقره داغي ١/١٠٧.

(٣) رد المحتار لابن عابدين ٣/٥١٧.

(٤) المثلي والقيمي للقره داغي ١/١٠٧.

(٥) قواعد الإمامية للجنة الحوزة الدينية بـ (قم) ٣/٥٢٤.

(٦) كنز الدقائق مع تبيين الحقائق ٢/١٥٢، العناية شرح الهداية للبابرتي ٣/٣٦٣-٣٦٤.

(٧) انظر: شرح النيل ٦/١٥٧.

صيغ ذات علاقة :

١- الواجب في النكاح الفاسد الأقل من المسمى ومن مهر المثل إن كان تسمية وإن لم يكن يجب مهر المثل بالغا ما بلغ[١]. (مخالفة).

٢- الأصل في التسمية أنها إذا صحت وتقررت يجب المسمى وإذا فسدت التسمية أو تزلزلت يجب مهر المثل[٢]. (أخص).

٣- مهر المثل كالمسمى فيما يقرره أو يسقطه[٣]. (بيان).

٤- كل وطأة لو كانت بعد عقد أوجبت مهر المثل أو المسمى[٤]. (أعم).

شرح الضابط :

إذا لم يصح عقد النكاح كان فاسدا، وفساده إما أن يرجع إلى أصل العقد، كما إذا فقد العقد شرطا من شرائط انعقاده، أو شرطا من شرائط صحته، فهذا النوع من الفساد يقال له: (فاسد لعقده).

وإما أن يكون فساده بسبب فقد شرط من شرائط صحة الصداق، وهذا النوع من الفساد يقال له: (فاسد لصداقه)[٥].

والضابط هنا يشمل الفاسد لعقده، والفاسد لصداقه.

والفاسد لصداقه، قد أفرد بضابط مستقل، وهو أن «الأصل في التسمية أنها إذا صحت وتقررت يجب المسمى وإذا فسدت التسمية أو تزلزلت يجب مهر المثل».

---

(١) مجمع الضمانات لابن غانم ٢/ ٧٢٤.

(٢) الفتاوى الهندية ١/ ٣٠٣.

(٣) الفروع لابن مفلح ٣/ ١١٤.

(٤) الذخيرة للقرافي ٤/ ٣٧٠.

(٥) انظر: شرح الخرشي لمختصر خليل ٣/ ١٩٥.

وأما الفاسد لعقده من النكاح، فلا يخلو فساده من أمرين: متفق على فساده، ومختلف فيه.

وللفقهاء أقوال وآراء تتفق تارة وتختلف أخرى في التفرقة بين الأمرين باعتبار الجنس والنوع والعلة والحكم، كل حسب فهمه للنصوص الواردة في ذلك، وحسب ضعف علة الفساد وقوتها، وحسب ما يرجع إلى الإخلال بشروط الصحة.

ومما اتفق على فساده: نكاح خامسة لمن عنده أربع نسوة، ونكاح ذات محرم من نسب أو رضاع أو مصاهرة، ونكاح المبتوتة (المطلقة ثلاثا)، ونكاح المعتدة، ونكاح امرأة يحرم جمعها مع المرأة كعمتها وخالتها، ونكاح ذات زوج، ونكاح المتعة.

وأما المختلف فيه فمثلوا له بما يلي: النكاح في الإحرام بالحج أو العمرة، ونكاح المريض، والنكاح بغير ولي عند الجمهور، وإنكاح المرأة نفسها أو بنتها، وكنكاح الشغار، أو كان الولي في النكاح فاقد الأهلية، كالصبي أو الأنثى، وكإنكاح الولي غير المجبِر مع وجود المجبِر.

وحكم الفاسد لعقده: فسخه[1]، وعدم استحقاق المهر فيه إلا بالدخول، فلا يستحق المهر في النكاح الفاسد مطلقا - سواء اتفق على فساده أم لا - إذا حصل التفريق قبل الدخول باتفاق في الجملة، أو قبل الخلوة فيما اختلف فيه، وذلك عند الحنابلة[2].

---

(١) الفسخ: نقض للعقد من أساسه وإزالة للحلّ الذي يترتب عليه انظر: لسان العرب لابن منظور٣/٤٤، وميثاق الأسرة ص٢٩٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٣٣٥، فتح القدير ٣/٢٤٣، الفتاوى الهندية ١/٣٣٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٤٣، المنثور في القواعد للزركشي ٣/٩، شرح منتهى الإرادات ٣/٨٣، المغني ابن قدامة ٦/٤٥٥.

وبالتالي فقد قال الجمهور بلزوم مهر المثل بعد الدخول في الفاسد من النكاح[(١)] بشقيه (الفاسد لعقده، والفاسد لصداقه)، خلافا للظاهرية[(٢)].

وعلى قول الجمهور المستند إلى النصوص والمقاصد والقواعد العامة، حيث إن «كل عقد وجب المسمى في صحيحه وجب المثل في فاسده»[(٣)] فقد اختلف في الواجب من ذلك، فقيل: إذا سمى لها مهرا وجب لها الأقل من المسمى وصداق المثل، وقيل يجب لها مهر المثل بالغا ما بلغ، وقيل يجب لها الأكثر من مهر المثل والمسمى، وقيل: لها المسمى فقط.

أما إذا لم يسم شيئا وحصل الدخول فالواجب هو مهر المثل فقط.

وهذا كله بناء على أن النكاح لا يخلو عن عقوبة أو مهر، ومهر المثل هو الموجب الأصلي في النكاح[(٤)] فكان الرجوع إليه رجوعا إلى الأصل، وهذا ما قرره الضابط.

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [النساء: ٢٤].

---

(١) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٣/٤٠- ٤١، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/١٣- ١٤، المجموع للنووي ٩/٣٦٧، المغني لابن قدامة ٧/١٨٩-١٩٠، شرح النيل ٦/١٧٥، ٢٢٨، التاج المذهب ٢/٧٢، شرائع الإسلام ٢/٢٤٥، الروضة البهية ص ٥ نكاح الشغار.

(٢) المحلى لابن حزم ٩/٨٨.

يقول ابن حزم: "نحن نشهد بشهادة الله عز وجل أن الله تعالى لو أراد أن يجعل للوطء في النكاح الفاسد مهرا لبينه في كتابه، أو على لسان رسوله ﷺ، كما بيّن ذلك في التي نكحت بغير إذن وليها، ولما اقتصر على هذه وحدها دون غيرها، تلبسا على عباده، وحاشا لله من هذا».

(٣) المجموع للنووي ١٥/١١٣.

(٤) جامع الفصولين لابن قاضي سماونه ١/٢٢٦.

وجه الدلالة من الآية: يستفاد من هذه الآية الكريمة أن النكاح له حظ من المعاوضة وإن كان مبناه على المكارمة.

وقد تقرر أن «مبنى المعاوضة على المعادلة، وقيمة الشيء هي التي تعادله، إلا أن عند التسمية يعدل عنها إلى المسمى، فإذا فسدت وجب العوض الأصلي وهو مهر المثل»[١]، فالمعنى في الآية: فما انتفعتم وتلذذتم بالجماع من النساء بالنكاح الصحيح ﴿فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ أي مهورهن، فإذا جامعها مرة واحدة فقد وجب المهر كاملا إن كان مسمى، أو مهر مثلها إن لم يسم»[٢].

٢- روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أيما امرأة أنكحت نفسها بغير إذن وليها فنكاحها باطل، فإن دخل بها فلها مهر مثلها»[٣].

وجه الدلالة من الحديث: مفاد هذا الحديث أنه ﷺ جعل للمرأة العاقدة على نفسها مهر المثل فيما له حكم النكاح الفاسد، وعلقه بالدخول، فدل أن وجوبه متعلق به[٤].

تطبيقات الضابط :

١- ما فسد من النكاح لعقده لخلل في الركن أو الشرط على خلاف بين الفقهاء في الأركان والشروط: كوقوعه بغير ولي، أو كان الولي فاقد الأهلية كالصبي أو الأنثى أو غير ذلك، أو وقع العقد في العدة، أو وقع لأجل، أو بظهور زوج غيره، أو بكونها محرمة عليه عينا بقرابة

---

(١) بدائع الصنائع ٧٦/٤.

(٢) تفسير القرطبي ١٢٩/٥.

(٣) رواه أحمد ٢٤٣/٤٠ (٢٤٢٠٥)، والترمذي ٤٠٧/٣- ٤٠٨ (١١٠٢)، والنسائي في الكبرى ١٧٩/٥ (٥٣٧٣)، وابن ماجه ٦٠٥/١ (١٨٧٩)، والدارمي ٦٢/٢ (٢١٩٠)، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣٣٥/٢.

أو رضاع أو مصاهرة، أو جمعا بينها وبين من لا يجوز الجمع معها، أو كان صريح الشغار، أو غير ذلك، فإنه يفسخ ولو بعد الدخول.

فإن فسخ قبل البناء فلا شيء فيه، أما إذا فسخ بعد البناء ففيه المسمى وإلا فصداق المثل إذا كان الزوج ممن يعتبر دخوله وبناؤه[1]، لأنه وطء محترم فلا بد له من عوض، وقد بطل المسمى فيثبت مهر مثلها في المتعة المخصوصة[2].

٢- ما فسد من النكاح لصداقه لفقد صفة أو شرط فيه: كأن يقع على محرم شرعا مثل الخمر والميتة ولحم الخنزير، أو على مجهول جنسا ونوعا وصفة مثل ما في البطون أو في الأرض أو في البحر من بهائم أو زروع أو أسماك، فإنه لا يجوز المهر على شيء من ذلك، لما فيه من الغرر الفاحش، ومن عدم القدرة على التسليم[3] وإنما الواجب في ذلك هو مهر المثل إذا حصل الوطء.

٣- من تزوج امرأة ولم يسم لها مهرا بأن سكت عن ذكر المهر، أو تزوجها على أن لا مهر لها عليه ورضيت المرأة بذلك، فإنه يجب لها مهر المثل بنفس العقد حتى تثبت لها ولاية المطالبة بالتسليم[4].

الحسين أحمد درويش

* * *

---

(١) انظر: الفواكه الدواني ١٣/٢- ١٤، المغني ٥١/٧، شرح النيل ٢٣٨/٦، الروضة البهية ص٥ نكاح المتعة.

(٢) الروضة البهية ص٥ نكاح المتعة.

(٣) انظر: المبسوط ١٩١/٦، بدائع الصنائع ٤٩/٦، تبيين الحقائق ١٥٠/٢- ١٥١، رد المحتار لابن عابدين ١٠٩/٣، المغني ١٧٠/٧.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٢٧٤/٢، البحر الرائق ١٥٢/٣، فتح القدير ٣١٧/٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣١٤/٢، شرح ابن ناجي لرسالة ابن أبي زيد القيرواني ٣٥/٢، المنتقى للباجي ٤٦٦/٩، مغني المحتاج ٢٢٩/٣، كشاف القناع ١٥٦/٥، شرائع الإسلام للحلي ٢٧٠/٢.

رقم القاعدة/الضابط: ١٥١١

نص الضابط: كُلُّ نِكَاحٍ فُسِخَ قَبْلَ الدُّخُولِ فَلا شَيْءَ فِيهِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- ما فسخ قبل الدخول لا شيء فيه[(٢)].

٢- كل فرقة حصلت بغير طلاق قبل الدخول وقبل الخلوة تسقط جميع المهر[(٣)].

صيغ ذات علاقة:

١- ما أوجب فسخ النكاح استوى فيه ما قبل الدخول وبعده[(٤)]. (أعم).

٢- كل موضع ثبت للزوج الخيار ففسخ قبل الدخول فلا مهر عليه[(٥)]. (أخص).

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٤٠، بلغة السالك لأقرب المسالك للصاوي، ٢/٣٩٠، ٥٥٢، منح الجليل لعليش ٤/٣٨٢.

(٢) منح الجليل ٤/٣٨١.

وانظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٤/١٨١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٩٥.

(٤) المغني لابن قدامة ٧/١٣٣.

(٥) المغني ٧/٥٦.

٣- كل فرقة جاءت من قبل المرأة لا بسبب من الزوج فهي فسخ، وكل فرقة جاءت من قبل الزوج فهي طلاق[١]. (مكمل).

٤- كل موضع حكمنا فيه بالفرقة بين الزوجين فذاك فسخ لا طلاق[٢]. (مكمل).

شرح الضابط :

الفسخ لغة : النقض، وانفسخ العزم، والبيع، والنكاح انتقض، والمراد به اصطلاحا: ترادٌّ بين العوضين، أو ردٌّ في أحدهما في مقابلة قيمة الآخر[٣] بمعنى: أن يرُدَّ كل واحد من المتعاقدين العوضَ الذي دفعه إلى صاحبه، وقريب منه ما قاله الزركشي: الفسخ هو قلبُ كل واحد من العوضين إلى صاحبه[٤] فالفسخ لفظ ألفه الفقهاء، ومعناه: رد شيء واسترداد مقابله[٥].

والمعنى في فسخ النكاح : أن كل واحد من الزوجين يرد ما تملكه بالعقد، فتسترد المرأة ما ملَّكَتْهُ للرجل من إباحة نفسها له واختصاصه بها، ويسترد الرجل ما جعل لها من المال أو مثله في مقابلة هذه الإباحة الدائمة[٦].

وينقسم الفسخ إلى قسمين[٧]:

أحدهما : الفسخ الاختياري، وهو الفسخ بالعيوب الخمسة (الجنون،

---

(١) الفتاوى الهندية لنظام الدين وجماعة من علماء الهند، (٢٨٦/١)، تقريرات البحراوي (١٦٧/١/ب)، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي (١٠٢/٢)، وانظر: غمز عيون البصائر للحموي (١٠٤/٢)، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٢) نواضر النظائر ابن الملقن ص١٨٠.

(٣) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ٨٢/٢.

(٤) انظر: قواعد الأحكام، المنثور للزركشي ٤٢/٣.

(٥) انظر: المنثور ٤٧/٣.

(٦) انظر: شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإبياني ٣٨٦/١.

(٧) انظر: المنثور ٢٥/٣- ٢٦.

والجذام، والبرص، والرتق، والقرن) والغرور - أي: أن يخدع أحد الزوجين الآخر - وعدم الكفاءة ابتداء ودواما، ونحو ذلك.

الثاني: الفسخ القهري، وهو ما ينفسخ فيه النكاح بنفسه، وهو على أقسام:

١- اختلاف دين الزوجين بالردة.

٢- إسلام المشرك على أكثر من أربع، فإن العقد ينفسخ في الزائد.

٣- فُرقة وطء الشبهة؛ حيث تحرم الزوجة.

٤- اللعان.

٥- الرضاع.

٦- السبي؛ فإذا سُبي الزوجان الحُرَّان أو أحدهما، انفسخ نكاحهما، لأن ملك الزوجية أحد فرعي الملك، فزال بالسبي كملك اليمين.

٧- إسلام أحد الزوجين وتخلف الآخر حتى انقضت العدة.

٨- وفرقة الردة كذلك[1].

والمعنى الإجمالي: أن كل نكاح فاسد، فإنه يجب فسخه، والتفريق بين الزوجين فيه، وإذا تم فسخه قبل دخول الزوج بزوجته، فإن المرأة لا تستحق شيئا من المهر، ويتلخص رأي الفقهاء فيما يلي:

يرى فقهاء الحنفية أن المهر كله يسقط بأسباب، منها: الفرقة بغير طلاق قبل الدخول بالمرأة وقبل الخلوة بها، فكل فُرقة قد حصلت بغير طلاق قبل الدخول وقبل الخلوة تسقط جميع المهر، سواء كانت من قبل المرأة أو من قِبل

---

(١) المنثور للزركشي ٣/٢٦.

الزوج، وإنما كان كذلك لأن الفرقة بغير طلاق تكون فسخا للعقد، وفسخ العقد قبل الدخول يوجب سقوط كل المهر[١].

ويرى المالكية أن المرأة لا تستحق شيئًا من الصداق بالفسخ قبل الدخول، سواء كان النكاح مما اتفق على فساده كنكاح المتعة، أو اختلف في فساده لعقده أو لصداقه أو لهما (العقد والصداق)، فليس الفسخ قبل الدخول مثل الطلاق قبل البناء في النكاح الصحيح[٢].

وذهب الشافعية إلى أن المهر يسقط بأمور:

١- الفرقة الحاصلة من جهة الزوجة قبل الدخول بها، كإسلامها بنفسها وزوجها كافر، أو بالتبعية كإسلام أحد أبويها، أو فسخها بعيب في الزوج.

٢- الفرقة الواقعة بسبب المرأة، كفسخ الزوج النكاح بعيب في المرأة، سواء المقارن للعقد أو الحادث بعده.

علما بأن الساقط بهذه الأمور عند الشافعية: كل ما يسمى مهرا، فيدخل فيه المهر المسمى ابتداء، والمهر المفروض الصحيح، ومهر المثل[٣].

ويرى الحنابلة أنه إذا افترق الزوجان في النكاح الفاسد قبل الدخول، بغير طلاق ولا موت، كاختلاف دين ورضاع، لم يكن للمرأة مهر، بلا نزاع في المذهب، وإن كان بطلاق، فالمذهب على أنه لا مهر لها، وعليه أكثر الأصحاب[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/ ٢٩٥.

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير٢/ ٢٨٥ .

(٣) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٤/ ٣٨٨.

(٤) انظر: الإنصاف للمرداوي ٨/ ٣٠٤، كشاف القناع للبهوتي ٥/ ١٦٠، المغني لابن قدامة ٧/ ٥٣، ٥٥.

ويرى الظاهرية أنه من انفسخ نكاحه بعد صحته بما يوجب فسخه، فللمرأة المهر المسمى كله، فإن لم يسم لها صداقا فلها مهر مثلها، سواء دخل بها أو لم يدخل[١].

ويرى فقهاء الزيدية أن الزوج إذا لم يسم للمرأة مهرا أو سمى تسمية باطلة، ثم فسخ النكاح قبل الدخول، فإنها لا تستحق بالفسخ شيئا مطلقا، أي: لا مهر لها ولا متعة ولا ميراث إذا مات بعد الفسخ، وسواء كان الفسخ بالحكم أم بالتراضي، وسواء كان الفسخ من جهته، أم من جهتها، أم من جهتهما[٢].

وذهب الإمامية إلى أن المرأة لا تستحق المهر بالفسخ قبل الدخول، في عدة أحوال من أهمها:

١- إذا فسخ الزوج النكاح بأحد العيوب في المرأة؛ فإن كان قبل الدخول فلا مهر.

٢- لو فسخت المرأة النكاح قبل الدخول بأحد العيوب، فلا مهر، إلا في العنين[٣].

٣- إذا تزوج امرأة على أنها حرة، فبانت أمة، كان له الفسخ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها[٤].

ويرى الإباضية أن نكاح الشِّغار حرام، وأنه إذا فعل المتعاقدين فإنه يفسخ، ولا شيء للمرأة إن فسخ قبل الدخول، لا مهر ولا متعة[٥].

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٩/٧٣.

(٢) انظر: التاج المذهب للعنسي الصنعاني ٢/١٤٦.

(٣) انظر: شرائع الإسلام للحلي ٢/٢٦٥.

(٤) انظر: شرائع الإسلام ٢/٢٦٥- ٢٦٦.

(٥) انظر: شرح النيل لأطفيش ٦/٣٢٢.

أدلة الضابط :

١- فسخ العقد قبل الدخول يوجب سقوط كل المهر؛ لأن فسخ العقد رفع له من أصله، وجعله كأن لم يكن[١].

٢- لأن المرأة إن كانت هي الفاسخة، فهي المختارة للفرقة، فكأنها أتلفت المعوض قبل التسليم، فسقط العوض، كما لو أتلفت المبيع قبل التسليم، وإن كان الرجل هو الفاسخ بعيبها فكأنها هي الفاسخة[٢].

٣- لأن المهر يجب بالعقد، والعقد فاسد، فوجوده كعدمه، كالبيع الفاسد[٣].

تطبيقات الضابط :

١- إذا اكتشفت المرأة قبل دخول الزوج بها عيبًا فيه، مما يثبت لها به الخيار في فسخ النكاح، كالبرص ونحوه، فإن وقع الفسخ قبل الدخول سقط مهرها[٤]، وهذا جار على مقتضى الضابط.

٢- تزوج امرأة على أنها عاقلة، ثم تبين له أنها مجنونة، فإن يثبت للزوج فسخ النكاح، فإن اختار الفسخ قبل الدخول بها، فلا مهر لها[٥].

٣- رجل تزوج بكرا فوجدها مستحاضة لا ينقطع دمها، وأنهم غروه،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٩٥.
(٢) انظر: مغني المحتاج ٤/٣٨٨.
(٣) انظر: كشاف القناع ٥/١٦٠.
(٤) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/١٢٨.
(٥) انظر: مغني المحتاج ٤/٣٨٨.

فإن هذا عيب يثبت به فسخ النكاح، وإذا فسخه قبل الدخول فلا مهر للمرأة[١].

٤- رجل تزوج امرأة على أنها بكر، فبانت ثيبا، فإن له فسخ النكاح، وإن فسخه قبل الدخول سقط عنه المهر[٢].

٥- إذا زوج الحاكمُ المرأةَ الشريفة بالولاية العامة، مع وجود ولي خاص لها، فإن النكاح يفسخ، وإن وقع الفسخ قبل الدخول فلا مهر للمرأة[٣].

٦- نكاح المحلل يفسخ، ولا شيء للمرأة إن وقع الفسخ قبل الدخول[٤].

من التطبيقات المعاصرة:

ما يحدث الآن في بعض الدول الغربية من زواج الشاب المسلم من المرأة؛ رغبة في تحصيل بعض المنافع الشخصية، كاستمرار بقائه في هذه البلدة المسافر إليها، أو حصوله على بعض المميزات التي تمنحها تلك الدول للمتزوجين، ونحو ذلك، وليس له رغبة صادقة في الزواج بتلك المرأة، فهو زواج صوري لا يعقبه أيٌّ التزامات زوجية، على كلا الطرفين (الرجل والمرأة)، فتبقى المرأة في مكانها، ولا تذهب إلى هذا الرجل، فهذا الزواج غير صحيح، وهو قريب مما ذكره المالكية فيمن تزوج المرأة على شرط أن لا تأتيه زوجته،

---

(١) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/٨١.

(٢) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/١٢٨.

(٣) انظر: الشرح الكبير للدردير ٢/٢٣٦، الشرح الصغير له ٢/٣٨٤- ٣٨٥.

(٤) انظر: الشرح الكبير للدردير ٢/٢٤٠- ٢٤١.

فإن هذا النكاح يفسخ، وإن وقع الفسخ قبل الدخول فلا مهر للمرأة[١] بناء على أن المعروف عرفا كالمشروط شرطًا.

استثناءات من الضابط :

استثنى فقهاء المالكية بعض التطبيقات، من أهمها:

١- إذا تم نكاح المرأة على مهر أقل من الصداق الشرعي (وهو ربع دينار)، ثم امتنع الزوج من إتمام النكاح، فإن النكاح يفسخ، فإن فسخ قبل الدخول، فيجب عليه نصف المهر[٢].

٢- لو ادعى الزوجُ الرضاعَ الموجب لتحريم زوجته عليه، ولم يكن دخل بامرأته، ثم أنكرت المرأة، فإن النكاح يفسخ، ويلزمه نصف المسمى[٣].

٣- التفريق بين المتلاعنين قبل الدخول يوجب على الزوج نصف المسمى[٤].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: الشرح الكبير للدردير ٢/٢٣٦، الشرح الصغير له ٢/٣٨٤- ٣٨٥.

(٢) انظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي (بلغة السالك) ٢/٣٩٠-٣٩١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٤٠-٢٤١، فتح العلي المالك ٢/٩٠.

(٣) انظر: الشرح الصغير للدردير مع حاشية الصاوي (بلغة السالك) ٢/٣٩٠-٣٩١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٢٤٠- ٢٤١، منح الجليل ٤/٣٨١، فتح العلي المالك ٢/٩٠.

(٤) انظر: بلغة السالك لأقرب المسالك ٢/٣٩٠، فتح العلي المالك ٢/٩٠.

رقم القاعدة/الضابط: ١٥١٢

نص الضابط: أَنْكِحَةُ الكُفَّارِ مَحْكُومٌ بِصِحَّتِهَا قَبْلَ الإِسْلَامِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- أنكحة الكفار صحيحة[٢].

٢- أنكحة الكفار لها حكم الصحة[٣].

٣- نكاح الكفار صحيح وإن صدر من قاضيهم[٤].

٤- الأصل في أنكحة الكفار الصحة كأنكحتنا[٥].

٥- نكاح الكفار محكوم بصحته وإن صدر من قاضيهم[٦].

٦- أنكحة الكفار تتعلق بها أحكام النكاح الصحيح[٧].

---

(١) نهاية المحتاج للرملي ٥٩/٧، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ١٦٥/٣، حاشية الجمل ٣٨٨/٤.

(٢) طرح التثريب لعبد الرحيم بن الحسين العراقي ٢/٨، فتح الباري شرح صحيح البخاري للحافظ بن حجر العسقلاني ١٧١/١٢، كشاف القناع للبهوتي ١٢٥/٥، المغني لابن قدامة ١١٦/٧، وانظر: المحلى بالآثار لمحمد بن حزم ٣٧٢/٥، شرح النيل ٣٠٦/٦.

(٣) زاد المعاد لابن القيم ١٢٧/٣.

(٤) مغني المحتاج ١٥٦/٣.

(٥) انظر: نهاية المحتاج ٣٠١/٦، إعانة الطالبين للبكري ٤٩٩/٣.

(٦) حاشية ابن قاسم العبادي على تحفة المحتاج ٢٥٦/٧، نهاية المحتاج ٢٤٠/٦.

(٧) المغني لابن قدامة ١٣٢/٧.

صيغ ذات علاقة:

١- يتسامح في أنكحة الكفار ما لا يتسامح في أنكحة المسلمين[١]. (العموم والخصوص).

٢- يحرم على الكافرين في النكاح ما يحرم على المسلمين[٢]. (قيد).

٣- كل نكاح صحيح بين المسلمين فهو صحيح بين أهل الكفر[٣]. (العموم والخصوص).

شرح الضابط:

معنى قوله «محكوم بصحتها»: أي يعطى لها حكم النكاح الصحيح؛ ليعم الصحيح في نفسه، والمحكوم له بالصحة وإن كان فاسدا من أجل الرخصة والترغيب في الإسلام؛ لأن الفاسد لا ينقلب صحيحا، وتأويل الصحيح بذلك لأن الصحة موافقة الفعل ذي الوجهين الشرعَ، ولا شرع عندهم.

كما شمل أيضًا ما لو علمنا منهم فساده ولا نسألهم عن فساده لو ترافعوا إلينا.

وشمل أيضًا نكاح المحارم حيث يجب به المسمى أو نصفه[٤].

والضابط يتناول موضوعا ذا أهمية عظمى خصوصا في عصر العولمة الذي أصبح العالم فيه بمثابة القطر الواحد المترامي الأطراف، المختلف الأحياء.

---

(١) حاشية الجمل ٣٨٨/٤، نهاية المحتاج ٥٩/٧.

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٥٤/٣، المغني ١٣٢/٧.

(٣) الدر المختار للحصكفي ١٨٤/٣- ١٨٥، وانظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢٢٢/٣، فتح القدير لابن الهمام ٤١٢/٣.

(٤) انظر: شرح البهجة الوردية ١٤٧/٤، حاشيتي قليوبي وعميرة ٢٥٦/٣.

فوسائل الإعلام المتنوعة، وأساليب الدعوة الهادفة إلى نشر دين الله تعالى في كل مكان، ساعدت بتوفيقه تعالى في اعتناق الكثير من الأمم الإسلام على امتداد المعمورة.

الأمر الذي يتطلب فقها خاصا سماه البعض (فقه الأقليات)، لكونه يعالج وضع الأقلية المسلمة في دول ليست كذلك.

فالمسلمون الجدد الذين ولدوا وترعرعوا في مجتمعات لها قوانينها وعاداتها ومعتقداتها وأحوالها الشخصية، يحتاجون إلى فقه خاص ينظم حياتهم ويبين علاقتهم بالمجتمع الذي يعيشون في كنفه.

ومن أهم المسائل المطروحة حاليا مسألة إسلام الزوجين أو أحدهما، وموقف الفقه من ذلك.

إن نظرة الفقهاء في أنكحة غير المسلمين صحة وفسادا متباينة.

وعلى القول بصحتها ـ وهو قول الجمهور[١]، خلافا للمالكية والزيدية وبعض الحنفية القائلين بفسادها ولكنهم يقرون عليها[٢] ـ فلا يخلو حالهم من أمرين: دخول الإسلام، أو التحاكم إلى المسلمين خصوصا إذا كانوا مقيمين في البلدان الإسلامية.

وفي كلا الأمرين يحكم بصحة أنكحتهم دون النظر إلى الصفة التي وقع عليها النكاح، قال ابن قدامة: «أنكحة الكفار صحيحة، يُقَرُّون عليها إذا أسلموا، أو تحاكموا إلينا، إذا كانت المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال، ولا ينظر إلى صفة عقدهم وكيفيته، ولا يعتبر له شروط أنكحة المسلمين من

---

(١) طرح التثريب ٢/٨، فتح الباري شرح صحيح البخاري للحافظ بن حجر العسقلاني ١٧١/١٢، كشاف القناع ١٢٥/٥، وانظر: بدائع الصنائع ٢٧٢/٢، المحلى بالآثار ٣٧٢/٥، شرح النيل ٣٠٦/٦.

(٢) انظر: فتح القدير ٤٢٣/٣، أنوار البروق للقرافي ١٣٢/٣، البحر الزخار ١٤٧/٤.

الولي، والشهود، وصيغة الإيجاب والقبول، وأشباه ذلك، بلا خلاف بين المسلمين»[١].

فالحكم إذن مقيد بشرطين، لا بد من تحققهما:

١- أن تكون المرأة ممن يجوز ابتداء نكاحها في الحال[٢]، فلا يقر النكاح إذا كانت المرأة محرمة بالنسب، أو الرضاع، أو السبب، كالمصاهرة، والمطلقة ثلاثا، والمعتدة، لأنها ممن لا يجوز ابتداء نكاحها في الحال[٣].

٢- أن يعتقدوا إباحة ذلك في دينهم، فلا يقرون على ما لا يعتقدون حله[٤].

فإذا انتفت هذه الموانع ثبتت بقية أحكام النكاح في حقهم كالمسلمين، من وجوب النفقة في النكاح، ووقوع الطلاق، ونحوهما: كعدة، ونسب، وخيار بلوغ، وتوارث بنكاح صحيح، وحرمة مطلقة ثلاثا، ونكاح محارم[٥].

فإذا أسلم الزوجان أو أحدهما، فلا يخلو أمرهما عن ثلاث حالات: يسلمان معا، يسلم الرجل دون المرأة، تسلم المرأة دون الرجل.

- أن يسلما معا: ولم تكن الزوجة ممن يحرم عليه الزواج بها ابتداء كالمحرمة حرمة مؤبدة بنسب أو رضاع، فهما على نكاحهما[٦].

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٦/٧.

(٢) انظر: المغني ١١٦/٧، الفروع ٢٤٢/٥، كشاف القناع ١١٧/٥.

(٣) انظر: المغني ١١٦/٧، كشاف القناع ١١٧/٥.

(٤) انظر: المغني ١٣٢/٧.

(٥) انظر: رد المحتار ١٨٤/٣.

(٦) انظر: الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٦٧، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون لإبراهيم بك ص ٢١٤، وجاء في المادة (١٢٨): "إذا أسلم الزوجان معا بقي النكاح على حاله ما لم تكن المرأة محرما له" شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد زيدان الإبياني ١٩٢/١.

- أن يسلم الزوج وحده، ولم يكن بينهما سبب من أسباب التحريم، وكانت الزوجة من أهل الكتاب، فهما على نكاحهما[1].
- أن تسلم الزوجة، ويبقى الزوج على دينه، وهذا محل نظر واجتهاد بين العلماء:

والذي قرره المجلس الأوروبي للإفتاء هو كالتالي :

- إن كان إسلامها قبل الدخول بها، فتجب الفرقة حالا.
- إن كان إسلامها بعد الدخول، وأسلم الزوج قبل انقضاء عدتها، فهما على نكاحهما.
- إن كان إسلامها بعد الدخول، وانقضت العدة، فلها أن تنتظر إسلامه ولو طالت المدة، فإن أسلم فهما على نكاحهما الأول دون حاجة إلى تجديد له.
- إذا اختارت الزوجة نكاح غير زوجها بعد انقضاء العدة، فيلزمها طلب فسخ النكاح عن طريق القضاء.
- لا يجوز للزوجة عند المذاهب الأربعة بعد انقضاء عدتها البقاء عند زوجها، أو تمكينه من نفسها.

ويرى بعض العلماء : أنه يجوز للزوجة المسلمة أن تمكث مع زوجها بكامل الحقوق والواجبات الزوجية إذا كان لا يضيرها في دينها، وتطمع في

---

(١) انظر: الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص٢٧٠، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون لإبراهيم بك ص ٢١٤، وجاء في المادة (١٢٧): "إذا أسلم الزوج وكانت امرأته كتابية، فالنكاح باق على حاله، وإن كانت غير كتابية يعرض عليها الإسلام، فإن أسلمت فهي زوجتـــه، وإن أبت الإسلام يفرق بينهما" شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإبياني ١/ ١٩٠.

إسلامه، وذلك لعدم تنفير النساء من الدخول في الإسلام إذا علمن أنهن سيفارقن أزواجهن ويتركن أسرهن.

ويستندون في ذلك إلى قضاء أمير المؤمنين عمر بن الخطاب في تخيير المرأة في الحيرة التي أسلمت ولم يسلم زوجها: «إن شاءت فارقته، وإن شاءت قرت عنده»[١]، وهي رواية ثابتة عن يزيد بن عبد الله الخطمي.

كما يستندون إلى رأي أمير المؤمنين علي بن أبي طالب: «إذا أسلمت النصرانية امرأة اليهودي أو النصراني، كان أحق ببضعها، لأن له عهدا»[٢] وهي أيضًا رواية ثابتة.

وثبت مثل هذا القول عن إبراهيم النخعي، والشعبي، وحماد بن أبي سليمان[٣].

وفي المحلى لابن حزم ثلاثة أقوال بين العلماء في هذه المسألة:

- إذا أسلمت وبقي على كفره يفرق بينهما.
- إذا أسلمت وبقي على كفره تقر تحته.
- إذا أسلمت وبقي على كفره تقر عنده، ويمنع من وطئها.

وذكر أدلة الأقوال الثلاثة مع اعتماد القول الأول عنده[٤].

---

(١) رواه عبد الرزاق ٦/ ٨٤ (١٠٠٨٣)، ٧/ ١٧٥ (١٢٦٦٠)، وابن أبي شيبة ٩/ ٦٢٣ (١٨٦١٩).

(٢) رواه عبد الرزاق ٦/ ٨٤ (١٠٠٨٤)، ٧/ ١٧٥ (١٢٦٦١)، وابن أبي شيبة ٩/ ٦٢٣ (١٨٦١٧).

(٣) مصنف ابن أبي شيبة ٤/ ١٠٦ (١٨٣١٠)، (١٨٣١١) وانظر: صناعة الفتوى وفقه الأقليات للشيخ عبد الله بن بيه ص ٣٥٦- ٣٥٧.

(٤) انظر: المحلى ٥/ ٣٧٢.

أدلة الضابط :

١- قال تعالى: ﴿وَضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلًا لِّلَّذِينَ ءَامَنُواْ ٱمۡرَأَتَ فِرۡعَوۡنَ﴾ [التحريم: ١١].

٢- قال تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلۡحَطَبِ﴾ [المسد: ٤].

وجه الاستدلال من الآيتين : هو أن الله سبحانه وتعالى أضاف المرأتين إلى زوجيهما، وحقيقة الإضافة تقتضي عرفا ولغة زوجية صحيحة، وإذا ثبتت صحتها، ثبتت أحكامها كأنكحة المسلمين[(١)].

٣- حديث أن عكرمة بن أبي جهل وصفوان بن أمية هربا كافرين إلى الساحل حين فتح مكة وأسلمت امرأتاهما بمكة وأخذتا الأمان لزوجيهما، فقدما وأسلما، فرد النبي ﷺ امرأتيهما[(٢)].

٤- عن ابن عباس: كان المشركون على منزلتين من النبي ﷺ والمؤمنين: كانوا مشركي أهل حرب يقاتلهم ويقاتلونه ومشركي أهل عهد لا يقاتلهم ولا يقاتلونه فكان إذا هاجرت امرأة من أهل الحرب لم تخطب حتى تحيض وتطهر، فإذا طهرت حل لها النكاح، فإن هاجر زوجها قبل أن تنكح ردت إليه[(٣)].

٥- حديث: أن أبا سفيان وحكيم بن حزام أسلما بمر الظهران وهو معسكر المسلمين وامرأتاهما بمكة، وهي يومئذ دار حرب ثم أسلما بعدُ وأقر النكاح[(٤)].

---

(١) انظر: رد المحتار ٣/١٨٤، المغني ٧/١٣٢.

(٢) رواه مالك في الموطأ ٢/٥٤٣ (٤٤)، عبد الرزاق في المصنف ٧/١٦٨ (١٢٦٤٦).

(٣) رواه البخاري في صحيحه ٧/٤٨- ٤٩ (٥٢٩٦).

(٤) رواه الشافعي في كتاب الأم ٥/٨٤، ٤/٢٧٠، وعبد الرزاق ٧/١٧٢ (١٢٦٤٩)، البيهقي في السنن الكبرى ٧/١٨٦، في معرفة السنن والآثار ٥/٣١٨- ٣١٩ (٤١٩٧).

٦- حديث: أنه ﷺ قال لفيروز الديلمي وقد أسلم على أختين: «اختر إحداهما»[١].

٧- حديث: أن غيلان أسلم وتحته عشر نسوة، فقال له النبي ﷺ: «اختر أربعا وفارق سائرهن»[٢].

فهذه الأحاديث كلها متظاهرة على أن أنكحة الكفار التي عقدوها واعتقدوا صحتها أثناء كفرهم يحكم لها بالصحة دون النظر إلى الصفة التي وقع عليها النكاح بدليل هذه الروايات، وبدليل أنه: أسلم خلق كثير في عهد الرسول ﷺ مع نسائهم، ولم يسألهم ﷺ عن كيفية عقد النكاح، وهذا أمر علم بالتواتر والضرورة فكان يقينا[٣].

٨- القاعدة الفقهية «الأصل بقاء ما كان على ما كان».

تطبيقات الضابط:

١- من أسلم وعنده أكثر من أربع نسوة من أهل الكتاب، أو أسلمن معه، أو في العدة بعد الدخول بهن، اختار منهن أربعا، ويندفع نكاح الزائد، لحديث غيلان المتقدم[٤]، ولا يحتاج إلى عقد جديد، ومهر وولي وشهود كذلك، بناء على أن أنكحة الكفار محكوم بصحتها قبل الإسلام.

---

(١) رواه أحمد ٥٧٤/٢٩- ٥٧٧ (١٨٠٤٠) (١٨٠٤١)، وأبو داود ٩٤/٣ (٢٢٣٧)، والترمذي ٤٣٦/٣ (١١٢٩) (١١٣٠)، ورواه ابن ماجه ٦٢٧/١ (١٩٥١)، عن فيروز الديلمي اليماني رضي الله عنه، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٢) رواه أحمد ٢٢١/٨ (٤٦٠٩) وفي مواضع، والترمذي ٤٣٥/٣ (١١٢٨)، وابن ماجه ٦٢٨/١ (١٩٥٣) من حديث عبد الله بن عمر بن الخطاب رضي الله عنهما.

(٣) انظر: المغني ١١٦/٧، شرح منتهى الإرادات ٦٨٢/٢.

(٤) انظر: البهجة الوردية مع شرحها ١٥١/٤.

٢- من أسلم وتحته من لا يجوز الجمع بينهن من النساء كأختين، أو امرأة وخالتها أو عمتها أو غير ذلك، فإنه يختار إحداهن ويفارق الأخريات[١]، ولا يحتاج لبقاء الأخرى إلى عقد جديد ولا غيره، لأن أنكحة الكفار محكوم بصحتها قبل الإسلام.

٣- إذا قبضت غير المسلمة مهرها، ثم أسلمت مع زوجها، فليس لها سوى ما قبضت، سواء كان حلالا أو حراما، فأما إذا لم تقبضه، فإن كان حلالا فلها المسمى في العقد، وإن كان حراما كان لها مهر المثل[٢]، والنكاح في كلا الأمرين صحيح لازم، لأن أنكحة الكفار محكوم بصحتها قبل الإسلام.

٤- من نكح قبل الإسلام بلا ولي ولا شهود لاعتقاده حل ذلك، ثم أسلم، لم يفسخ نكاحه[٣]؛ لأن أنكحة الكفار محكوم بصحتها قبل الإسلام.

٥- لو طلق رجل زوجته ثلاثا وهما كافران ولم تتحلل فيه، ثم أسلما، لم تحل له إلا بمحلل وإن لم يعتقدوه طلاقا[٤]؛ لأن أنكحة الكفار محكوم بصحتها قبل الإسلام.

٦- أنكحة الكفار بغير الشهود صحيحة إذا كانوا يدينون بذلك[٥]؛ لأنها محكوم بصحتها قبل الإسلام.

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: البهجة الوردية مع شرحها ٤/ ١٥١.
(٢) انظر: المغني ٧/ ١٣٠.
(٣) انظر: البهجة مع شرحها ٤/ ١٥١.
(٤) انظر: أسنى المطالب ٣/ ١٦٥.
(٥) فتح القدير ٣/ ١٩٩.



ضوابط باب الطلاق

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥١٣

نص الضابط: الطلاقُ لا يَكُونُ إلا بَعْدَ تَحَقُّقِ الزَّوجِيَّةِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط :

١- الطلاق لا يصح إلا بعد صحة النكاح[(٢)].

٢- الطلاق لا يقع إلا من نكاح ثابت[(٣)].

٣- الطلاق لا يقع إلا إذا تقدَّمه نكاح[(٤)].

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٧٠/٢، حاشية العدوي على شرح الخرشي لمختصر خليل ٣٧/٣ وفي الأم للشافعي ٧١/٥ و١٣٨/٧، الحاوي للماوردي ٢٦٨/٩ و٢٧٠/٩ و٢٨٢/٩ و٢٨٤/٩ و١١٣/١٠ "الطلاق لا يقع إلا على زوجة" وفي المنتقى للباجي ١٢٣/٤" الطلاق إنما يتعلق بالزوجة" وفي الكافي لابن قدامة ٧٦/٣ "الطلاق لا يكون إلا لزوجة".

(٢) المحلى لابن حزم ٤٦٦/٩ وفي المنتقى للباجي ٢٨٠/٣ "الطلاق المباح لا يكون إلا في نكاح صحيح" وفي تفسير القرطبي ٢٠٣/١٤ "الطلاق لا يكون إلا بعد نكاح" وفي سنن البيهقي ٣١٨/٧ و٣٢٠/٧ و٤٦١/٧ "لا طلاق إلا بعد نكاح"، وهكذا أيضًا في التجريد للقدوري ٢٩١٩/٦، المصفى لابن الوزير ٧٠٥/١ و٧٠٩، مكنون الخزائن للبشري ٢١٧/٧، منهج الطالبين للرستاقي ٢٣١/١٦، في سنن البيهقي أيضًا ٣٢٠/٧ "لا طلاق إلا من بعد نكاح".

(٣) الأم ٧٧/٥ ومكنون الخزائن للبشري ٤٨/٧ و١٧٧/٧ وفي الحاوي ٥٠/٩ "الطلاق لا يقع إلا في نكاح" وفي المنتقى للباجي ١٢٣/٤ "الطلاق إنما يقع في نكاح".

(٤) تفسير ابن كثير ٤٤٠/٦ وفي سنن البيهقي ٣١٧/٧ و٣١٩/٧ و٣٢١/٧ "لا طلاق قبل النكاح"، وهكذا أيضًا في مختصر اختلاف العلماء للجصاص ٤٤٨/٢، أخبار القضاة لوكيع ٢٦٨/١، كشف الأسرار لعلاء الدين البخاري ٢٧٩/٣، البحر الزخار لابن المرتضى ٣٢٣/٤، مكنون الخزائن للبشري ٣٨/٦ "لا طلاق قبل النكاح".

٤- الطلاق يقتضي سابقة النكاح[١].

٥- الطلاق لا يقع إلا على ذوات العِصَم الثابتات[٢].

صيغ ذات علاقة :

١- الطلاق والإيلاء لا يصحان قبل النكاح[٣]. (أعم).

٢- كل نكاح انعقد حراما لا شبهة فيه ولا اختلاف فيه، فلا يَلحق فيه طلاق[٤]. (متفرع).

٣- كل نكاح كان فيه اختلاف ودخلت في تحريمه الشبهة، فالطلاق فيه يَلحق[٥]. (متفرع).

شرح الضابط :

الطَّلاق في اللغة : الحَلّ ورفع القيد، وهو اسم مصدره التطليق، ويستعمل استعمال المصدر، وأصله: طلُقت المرأة تطلُق فهي طالق بدون هاء، وروي بالهاء (طالقة) إذا بانت من زوجها، ويرادفه الإطلاق، يقال: طَلَّقْتُ وأطلقتُ بمعنى سَرَّحْتُ، وقيل: الطلاق للمرأة إذا طلقت، والإطلاق لغيرها إذا سرح، فيقال: طلقت المرأة، وأطلقت الأسير وقد اعتمد الفقهاء هذا الفرق، فقالوا: بلفظ الطلاق يكون صريحا، وبلفظ الإطلاق يكون كناية[٦].

---

(١) فتاوى قاضيخان ٤٣٨/٢، شرح المجلة للأتاسي ١٢٩/٥.

(٢) المعيار المعرب للونشريسي ٤٧٥/٤ .

(٣) الحاوي ٣٤٩/١٠ وفيه في الموضع نفسه "الإيلاء كالطلاق، لا يصحان إلا في زوجة".

(٤) أصول الفتيا للخشني ص ١٨١.

(٥) أصول الفتيا للخشني ص ١٨١.

(٦) انظر: المصباح المنير، مختار الصحاح، المغرب، القاموس، الدر المختار ٢٢٦/٣، الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٩/٥.

والطلاق في عرف الفقهاء: هو رفع قيد النكاح في الحال أو المآل بلفظ مخصوص أو ما يقوم مقامه[١].

موضوع هذا الضابط يتعلق ببيان محل الطلاق، وهو: المرأة المعقود عليها في نكاح صحيح.

فقد اتفق أهل العلم أن وقوع الطلاق على المرأة يترتب على ملك عصمة النكاح وقيام الزوجية بين الرجل والمرأة، فالطلاق لا بد له من عصمة مملوكة للزوج وقت وقوعه فإذا كانت المرأة أجنبيةً لم تدخل أصلاً في عصمة الشخص، فإنه لا يلحقها طلاق منه؛ إذ لا معنى لإيقاع الطلاق عليها أصلاً كما أنها إذا كانت في عصمته في وقتٍ ما، ثم خرجت بعد ذلك منها - إما بطلاقٍ سابقٍ منه، أو بصورة أخرى من صور انقطاع الرابطة الزوجية بينهما، فإن الطلاق لا يلحقها منه في هذه الحالة[٢].

وبناء على هذا فإن الطلاق يقع على المرأة:

أ- إذا كان النكاح قائما بينها وبين زوجها فعلاً ولو قبل الدخول.

ب- أو كان قائمًا حكمًا في أثناء العدة، على التفصيل الآتي في أنواع العدة التي يقع فيها الطلاق لكون الزوجية قائمة فيها، أو لا يقع لانقطاع العلاقة الزوجية[٣].

---

(١) انظر: الدر المختار٣/٢٢٦ - ٢٢٧، الشـرح الكبيـر ٢/٣٤٧، المغني ٧/٢٩٦، مغني المحتاج ٣/٢٧٩، الموسوعة الفقهية الكويتية ٥/٢٩.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٢٣٠، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٥٢، مغني المحتاج للشربيني ٣/٢٩٣، الكافي لابن قدامة ٣/١٦٣ و٣/٢١١، منار السبيل لابن ضويان ٢/٢٢٥، المحلى ١٠/٢٠٥-٢٠٨، البحر الزخار ٤/١٦٨، التاج المذهب للعنسي ٢/١١٨، شرح النيل لأطفيش ٧/٥١٧، شرائع الإسلام للحلي٣/٥، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص٢٨٦، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٤٢، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإبياني(ط علي سكر) ١/٣٤٦.

(٣) انظر: أحكـام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٢٨٦، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٤٢.

والتفصيل المتعلق بموضوع الطلاق في العدّة، كما يلي:

١- الطلاق يقع في العدة من طلاق رجعي، يعني أن الرجل إذا كان طلَّق زوجته طلاقًا رجعيًا، ثم أراد أن يوقع عليها طلاقا آخر في أثناء العدّة، فإن هذا الطلاق الآخر يقع عليها أيضًا، لأن الطلاق الرجعي لا تزول به رابطة الزوجية، فاعتُبر النكاح في عدّته قائما، فكان هذا النوع من العدّة صالحًا لإيقاع الطلاق فيها، لبقاء محل الزوجية في المرأة[١].

٢- أما إن كانت العدّة من طلاق بائن:

أ- فإن كان الطلاق بائنًا بينونةً كبرى (وهو المكمِّل للثلاث)، فلا يَلحق المرأةَ طلاقٌ آخر في العدّة، إذ إن حق الاستمتاع يزول بهذه البينونة، فليس للزوج أن يخالط زوجته بعدها، لأن المرأة تصير محرّمةً عليه وبالإضافة إلى زوال حق الاستمتاع بهذه البينونة الكبرى، تزول أيضًا حِلّية هذه المرأة لهذا الرجل، أي أنه لو أراد أن يعقد عليها ثانيًا بنكاحٍ جديدٍ، فإنها لا تحلّ له مع ذلك، حتى تتزوج زوجًا آخر بشروطه المعروفة فإذًا تصير المرأة أجنبيةً عن الرجل بالبينونة الكبرى، ولهذا لا يقع عليها طلاقٌ ولو في عدّة هذه البينونة؛ لأن الطلاق ما هو إلا رفع قيد الزواج، فإذا لم يوجد زواجٌ فلا يصادف الطلاق محلاً يظهر تأثيرُه فيه، ولذا فلا فائدة من الطلاق[٢].

ب- وإن كان الطلاق البائن بينونةً صغرى (أي دون الثلاث) فقد اختلف أهل العلم في وقوع الطلاق في العدة منه:

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٣٠، القوانين الفقهية ص ١٥٢، مغني المحتاج ٣/ ٢٩٣، الإنصاف للمرداوي ٩/ ١٥٢، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٢٨٦، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٤٢.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/ ٢٣٠، القوانين الفقهية ص ١٥٢، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٢٨٦، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٤٢.

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يلحق المرأةَ هنا أيضًا طلاقٌ آخر في العدّة، لانتهاء رابطة الزوجية بالطلاق البائن، فلا تكون الزوجة محلاً للطلاق، لأن الطلاق لا يجتمع مع البينونة[١] وبهذا أخذت بعض قوانين الأحوال الشخصية، كالقانون السوري، إذ جاء فيه في المادة ٦: «محل الطلاق: المرأةُ التي في نكاح صحيح، أو المعتدةُ من طلاق رجعي، ولا يصح على غيرهما الطلاق ولو معلّقًا»[٢].

وذهب الحنفية إلى وقوع الطلاق في العدة في هذه الصورة، لبقاء بعض أحكام وحقوق الزوجية حال العدّة، كوجوب النفقة لهذه الزوجة، واستقرارِها في بيت الزوجية، وعدمِ حِلّ زواجها في أثناء العدة من زوج آخر، ولهذا فإنها محل صالحٌ لصحة الطلاق عندهم[٣].

٣- الطلاق في العدّة الواقعة بسبب فسخ الزواج:

المرأةُ المفسوخُ زواجُها، اختلفوا في وقوع الطلاق عليها في العدّة كالاختلاف المذكور آنفا في وقوع الطلاق على المعتدة من البينونة الصغرى فذهب الجمهور غير الحنفية إلى عدم وقوع الطلاق عليها، لانقضاء النكاح بالفسخ فلم تبق محلاً للطلاق ويرى الحنفية وقوع الطلاق عليها في بعض حالات الفسخ دون حالات أخرى[٤].

---

(١) انظر: القوانين الفقهية ص ١٥٢، مغني المحتاج ٢٩٢/٣ والمجموع للنووي ٢٦٥/١٧، شرح المقنع لابن قدامة ٣٧٤/٨ و٤٢٢، الإنصاف للمرداوي ٥٦/٩، كشاف القناع للبهوتي ٢٧٣/٥-٢٧٥، الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص٣٤٢.

(٢) ملحق قوانين الأحوال الشخصية العربية بآخر كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية للإبياني (بتحقيق د. سراج، د. علي جمعة) ١٨٠٠/٤.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٣٠/٣، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٢٨٦، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٤٢.

(٤) انظر: أحكـــام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٢٨٦، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٤٢.

أدلة الضابط :

١- قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ مِن قَبۡلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩].

استدل جماعة من السلف بهذه الآية على أن الطلاق لا يقع إلا إذا تقدمه نكاح؛ لأن الله تعالى قال: ﴿إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ﴾، فعقَّب النكاح بالطلاق، فدل على أنه لا يصح ولا يقع قبله وهكذا روي عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال الله: ﴿إِذَا نَكَحۡتُمُ ٱلۡمُؤۡمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقۡتُمُوهُنَّ﴾ فلا طلاق قبل النكاح[١].

حديث : «لا طلاق قبل نكاح»[٢].

تطبيقات الضابط :

١- لو قال رجل لامرأة: إن تزوجتكِ فأنت طالق؛ فتزوجها، لا تطلق أو رجلٌ قالت له زوجته: سمعتُ أنك تريد أن تتزوج فلانة وهذا لا يُرضيني، فقال لها: إن تزوجتُ فلانة فهي طالق، أو قال: إن تزوجتُ عليكِ امرأةً فهي طالق، ثم تزوج تلك الفلانة أو تزوج أيّ امرأةٍ أخرى، لا يقع الطلاق عند البعض كالشافعية والحنابلة؛ لأنها كانت أجنبية قبل النكاح[٣].

---

(١) تفسير ابن كثير ٦/٤٤٠، تفسير القرطبي ١٤/٢٠٣، تفسير ابن سعدي ١/٦٦٨ وذكر القرطبي أن القول بعدم وقوع الطلاق قبل النكاح، (قاله نيّفٌ على ثلاثين من صاحبٍ وتابعٍ وإمامٍ).

(٢) رواه ابن ماجه ١/٦٦٠ (٢٠٤٨) من حديث المسور بن مخرمة، وقال في المصباح ١/٣٥٤: هذا إسناد حسن، ورواه ابن ماجه أيضًا ١/٦٦٠ (٢٠٤٩) من حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وقال في المصباح ١/٣٥٤: هذا إسناد ضعيف لاتفاقهم على ضعف جويبر بن سعيد البجلي.

(٣) انظر: الحاوي للماوردي ١٠/٢٥، كفاية الأخيار للحصني ص ٤٠٥، الإنصاف للمرداوي ٩/٤٦، الشرح الممتع لابن عثيمين ١٣/٧ و١٤.

٢- المطلّقة قبل الدخول والخلوة، لا يقع عليها طلاقٌ آخر، لانقطاع العلاقة الزوجية انقطاعًا تامًا بمجرد صدور لفظ الطلاق الأول، فلم تبق المرأةُ محلاً للطلاق[1].

٣- لو قال لزوجته غيرِ المدخولِ بها: أنتِ طالق أنتِ طالق أنتِ طالق (أو أنتِ طالق طالق طالق)، لا تقع إلا طلقةٌ واحدة عند الحنفية والشافعية والحنابلة - ولو كان قال ذلك متتابعا من غير فصل بين هذه الألفاظ، لأن المرأة بانت بالطلقة الأولى وصارت أجنبيةً عنه، فلم تكن محلا للزوجية فيما بعد الطلقة الأولى، فالطلاق الثاني وما بعده يَرِد على غير محل الزوجية[2] أما المالكية فقالوا: إن قال الزوجُ الألفاظ السابقة متتابعةً بدون فصلٍ بينها، فتقع الطلقات ثلاثًا على هذه المرأة ولو أنها غيرُ مدخول بها؛ لأنه صار كأنه قال لها وهي ما تزال في العصمة الزوجية: «أنتِ طالق ثلاثا»، إلا إذا قصد بالثانية والثالثة تأكيدَ ما قبلها، فيصدَّق في ذلك ويُقبل منه، وتلزمه طلقة واحدة فقط[3] وإن قال ذلك (يعني: أنت طالق أنتِ طالق) مع فاصل بين كل لفظة وأخرى، بأن طلَّق في المرةَ الأولى وسَكَتَ، ثم طلَّق مرة أخرى وسكَتَ، وهكذا، فلا تقع عليها إلا طلقة واحدة، لأنها بالطلقة الأولى بانت عن زوجها، ولا يُعتد بتكرار ألفاظ الطلاق هنا مع وقوع الفصل بينها، فما وقع من الطلاق بعد ذلك لم يصادف محلا للزوجية[4].

---

(١) انظر: تفسير ابن كثير ٦/٤٤٠، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٤٣.

(٢) انظر: الاختيار للموصلي ٣/١٣١، مغني المحتاج ٣/٢٩٧، الكافي لابن قدامة ٣/١٨٥، المبدع لابن مفلح ٧/٣٠٣، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٤٣-٣٤٤.

(٣) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٤/٦٠ وشرح الخرشي على خليل ٤/٥٠، مدونة الفقه المالكي للصادق الغرياني ٢/٦٩٠.

(٤) انظر: مواهب الجليل ٤/٦٠، شرح الخرشي ٤/٥٠، مدونة الفقه المالكي للغرياني ٢/٦٩٠.

٤- لو كان الطلاق بصيغة التعليق، كأن يقول لها: أنتِ طالق إن كلّمتِ فلانًا، أو خرجتِ مع فلانٍ، أو سمحتِ لفلان بالدخول في البيت، فإنه يشترط أن تكون المرأة صالحةً لإيقاع الطلاق عليها عند وقوع الأمر الذي عُلِّق عليه الطلاق، وإلا فلا يقع الطلاق فمثلاً لو قال لزوجته: أنتِ طالق إن كلّمتِ فلانًا، ثم طلّقها طلقة أخرى قبل أن تُكلِّم هذا الفلان، وانتهت عدّتها من هذا الطلاق، ثم كلّمتْه، لا يقع الطلاق الثاني لعدم كونها محلاً للزوجية حينئذ[١].

٥- الزوجة المختلعة لا يلحقها طلاقٌ وإن كانت في العدّة، لعدم بقائها محلاً للطلاق[٢].

٦- يقع الطلاق على المرأة المعتدّة من الإيلاء، لبقاء محل الزوجية فيها[٣].

لو ادّعت امرأة على رجل نكاحًا فقال الرجل: ما تزوجتُها قطُّ فلما أقامت المرأةُ البينة على النكاح، أقام هو البينةَ على أنها اختلعت منه، فلا تُسمع بيّنتُه، لأن الخلع طلاق، والطلاق يقتضي سابقة النكاح، فكان في دعواه متناقضًا، فلا يُسمع قوله[٤].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) انظر: الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٥٠-٣٥١.

(٢) انظر: مغني المحتاج ٣/٢٩٣، روضة الطالبين للنووي ٨/٦٨.

(٣) انظر: الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٤٢.

(٤) فتاوى قاضيخان ٢/٤٣٨.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥١٤

نص الضابط: لا طَلَاقَ في إِغْلَاقٍ[١].

صيغ ذات علاقة :

١- كل طلاق جائز، إلا طلاق المعتوه والمغلوب على عقله[٢]. (أعم).

٢- المكرَه لا يلزمه ما أُكره على فعله[٣]. (عموم وخصوص).

٣- كلام المكرَه كله لغو لا عبرة به[٤]. (عموم وخصوص).

شرح الضابط :

الإغلاق في اللغة: مصدر أغلق الباب فهو مغلق، والغلْق بالسكون اسم منه وأنشد الجوهري: وباب إذا ما لزَّ للغلق يصرف أي يصر ويصوت[٥].

وهذا الضابط نص حديث نبوي شريف، ويعدّ من جوامع الكلم،

---

(١) هو نص حديث شريف رواه أحمد ٣٧٨/٤٣ (٢٦٣٦٠)، وأبو داود ٦٩/٣-٧٠ (٢١٨٧)، وابن ماجه ٦٦٠/١ (٢٠٤٦) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) الكافي لابن قدامة ١٦٤/٣.

(٣) النوادر والزيادات للقيرواني ٢٨٢/١٠، وانظر قاعدة: "الإكراه يسقط أثر التصرف فعلا كان أم قولا"، في قسم القواعد الفقهية.

(٤) زاد المعاد ١٨٦/٥، وانظر قاعدة: "الإكراه يسقط أثر التصرف فعلا كان أم قولا"، في قسم القواعد الفقهية.

(٥) انظر: المغرب للمطرزي ص ٣٤٣.

لاشتمال كلمة **(الإغلاق)** فيه على أكثر من معنى، ومن تلك المعاني: الإكراه، والجنون والغضب والسكر وغير ذلك من كل ما يؤثر في إرادة الشخص أو في عقله تأثيرا يصل به إلى حد رفع التكليف، قال المرداوي: ومن زال عقله بسبب يعذر فيه كالمجنون، والنائم، والمغمى عليه، والمبرسم: لم يقع طلاقه هذا صحيح[١] والكاف تدخل المسكوت عنه هنا في المنطوق به من الأمثلة.

ونظرا لاختلاف الفقهاء في معنى كلمة «إغلاق» فإن التطبيقات قد تنوعت تبعا لذلك.

أدلة الضابط :

أولاً : أورد الفقهاء ضابط لا طلاق في إغلاق) مستندين إلى نص الحديث النبوي الذي هو صيغة الضابط ومن رواياته الأخرى: «لا طلاق ولا عتاق في إغلاق»[٢].

ثانيًا : قوله ﷺ: «إنما الأعمال بالنيات، وإنما لكل امرئ ما نوى»[٣] يفيد أنه إذا خلا عمل الإنسان عن النية لم يكن له اعتبار، ومن ذلك إيقاع الطلاق في حال الإكراه، أو الغضب الشديد الذي لا يعي صاحبه ما يقول، أو إيقاعه في حال الجنون أو السكر، ففي هذه الحالات لا توجد نية الطلاق، فلا يقع.

٢- ما رُوي عن بعض الصحابة من عدم إيقاع طلاق المكرَه:

أ- فقد رُوي عن عمر بن الخطاب أن من أُكره على الطلاق بغير حق لم يقع طلاقه[٤].

---

(١) الإنصاف ٨/٤٣٢.

(٢) سبقت الإشارة إلى تخريجه في الصفحة السابقة.

(٣) رواه البخاري ١/٦ (١) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١٥١٥، ١٥١٦ (١٩٠٧)/(١٥٥) من حديث أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٤) روى البيهقي في الكبرى ٧/٣٥٧ (١٥٤٩٥)، وفي المعرفة ٥/٤٩٣ (٤٤٧٣) أن عمر لم يوقع طلاق رجل أكرهته امرأته على الطلاق في قصة.

ب- ورُوي عن علي أنه قال: لا طلاق لمكرَه[١] وقيس عليه غيره.

ج- وعن ثابت الأعرج أنه حُبس حتى طلَّق، فسأل ابن عمر، فقال: ليس بشئ[٢].

د- وروي عن ابن عباس فيمن يُكرهه اللصوص فيطلق أنه قال: ليس بشيء[٣].

٣- القياس على كلمة الكفر إذا أُكره المسلم عليها، لا يترتب عليها كفر[٤]، لقوله تعالى: ﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا فَعَلَيۡهِمۡ غَضَبٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ﴾ [النحل: ١٠٦] وإذا كان هذا في كلمة الكفر ففي الطلاق من باب أولى.

تطبيقات الضابط :

١- الزوج المكرَه على الطلاق لا يقع طلاقه، وهذا قول الجمهور[٥]؛ لحديث: «لا طلاق في إغلاق»، ومن معاني الإغلاقِ الإكراهُ، لأن المكرَه مغلَق عليه أمره، ومضيَّق عليه رأيه، فلا يتكلم عن نية وقصد،

---

(١) رواه البيهقي في الكبرى ٣٥٧/٧ (١٥٤٩٧)، وفي المعرفة ٤٩٣/٥ (٤٤٧٢).

(٢) رواه عبد الرزاق ٤٠٨/٦ (١١٤١٢).

(٣) رواه البيهقي في الكبرى ٣٥٧/٧ (١٥٤٩٨).

(٤) انظر: المغني ٢٩١/٧.

(٥) انظر: فتح العلي المالك لعليش ٢٩/٢، المنتقى للباجي ١٢٥/٤، تحفة المحتاج ٣٢/٨، المغني لابن قدامة ٢٩١/٧، المحلى لابن حزم ٤٦٢/٩، البحر الزخار لابن المرتضى ١٦٦/٤، زاد المعاد ١٨٩/٥، تهذيب سنن أبي داود لابن القيم ٣٥٤/١، الإكراه يكون بخوف مؤلم من قتل أو ضرب أو سجن أو قيد أو غير ذلك فتح العلي المالك للصاوي ٥٧/٢.

ولأن تصرفاته القولية باطلة ولغو، ولا يترتب عليها أثر[1]، ومن جهة المعنى أن هذا طلاق لو أقر به لم يلزمه فإذا أوقعه لم يلزمه كطلاق المجنون وسواء أكره على إيقاع الطلاق أو الإقرار به أو اليمين به أو الحنث في يمين لزمت به كل ذلك لا يلزمه لأنه معنى يتضمن الطلاق فلم يلزم بالإكراه كالإقرار[2] ومثال الإكراه من قال لزوجته: إن دخلتِ هذه الدار فأنت طالق، فأكرهها غيره على الدخول، لم تطلق[3].

٢- لا يقع طلاق الغضبان إذا بلغ الغضب به نهايته، بحيث لا يعقل ما يقول[4]؛ لحديث: «لا طلاق في إغلاق» والغضبان قد أغلق عليه باب القصد بشدة غضبه، فهو كالمكره، بل الغضبان أولى بالإغلاق من المكره؛ لأن المكره قد قصد رفع الشر الكثير بالشر القليل الذي هو دونه، فهو قاصد حقيقة، ومن هنا أوقع عليه الطلاق من أوقعه، وأما الغضبان فإن انغلاق باب القصد والعلم عنه كانغلاقه عن السكران والمجنون، فإن الغضب غول العقل يغتاله كما يغتاله الخمر، بل أشد، وهو شعبة من الجنون، ولا يشك فقيه النفس في أن

---

(١) انظر: مشكل الآثار ١/١٢٨، التجريد للقدوري ١٠/٤٩١٩، المنتقى للباجي ٤/١٢٤، الذخيرة ٤/٥٤، فتح العلي المالك لعليش ٢/٥٧، النوادر والزيادات للقيرواني ١٠/٢٥٥، حاشيتي قليوبي وعميرة ٣/٣٣٣، المغني ٧/٢٩١، حاشية الروض المربع ٦/٤٨٧، ٤٨٨، ٤٨٩، شرح الزركشي للخرقي ٥/٣٩١، زاد المعاد ٥/١٨٦، البحر الزخار ٤/١٦٦، الأمور بمقاصدها للباحسين ١/١٦٤، رفع الحرج لابن حميد ١/٢٤٧، فتاوى دار الإفتاء المصرية ٩/٣١٥١.

(٢) انظر: الذخيرة للقرافي ٤/٥٤.

وأَوقَعَ طلاق المكرَه سعيد بن المسيب وأبو قلابة والشعبي والنخعي والزهري والثوري وأبو حنيفة وصاحباه، لأنه طلاق من مكلف في محل يملكه فينفذ انظر: المصنف لابن أبي شيبة ٤/٣٩، المغني ٧/٢٩١، المنتقى للباجي ٤/١٢٤.

(٣) انظر: الذخيرة للقرافي ٤/٥٤.

(٤) انظر: الفروع لابن مفلح ٥/٣٦٣، الإنصاف للمرداوي ٨/٤٣٢، تهذيب سنن أبي داود لابن القيم ١/٣٥٤، زاد المعاد ٥/١٩٥، فتاوى دار الإفتاء المصرية ٩/٣١٥٠.

هذا لا يقع طلاقه؛ ولهذا قال حبر الأمة الذي دعا له رسول الله ﷺ بالفقه في الدين: إنما الطلاق عن وطر، ذكره البخاري في صحيحه[١]، أي عن غرض من المطلق في وقوعه[٢] وقد ذهب إلى هذا التفسير الإمام أحمد في رواية، وكذلك فسره أبو داود، وهو قول القاضي إسماعيل بن إسحاق من المالكية، وفسره به مسروق[٣].

٣- لا يقع طلاق المجنون والمعتوه[٤] للحديث: «لا طلاق في إغلاق» ومن معاني الإغلاق الجنون.

٤- لا يقع طلاق النائم[٥] للحديث: «لا طلاق في إغلاق» والنائم مغلق على عقله لا يفيق.

---

(١) صحيح البخاري ٤٦/٧.

(٢) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٤٧/٣ وقال ابن تيمية: إن غيّره الغضب، ولم يزل عقله لم يقع الطلاق ؛ لأنه ألجأه وحمله عليه فأوقعه وهو يكرهه ليستريح منه فلم يبق له قصد صحيح فهو كالمكره الإنصاف للمرداوي ٤٣٢/٨.
الغضب ثلاثة أقسام: أحدها: أن يحصل للإنسان مبادئه وأوائله بحيث لا يتغير عليه عقله ولا ذهنه، ويعلم ما يقول، ويقصده ؛ فهذا الإشكال في وقوع طلاقه وعتقه وصحة عقوده، ولا سيما إذا وقع منه ذلك بعد تردد فكره القسم الثاني: أن يبلغ به الغضب نهايته بحيث ينغلق عليه باب العلم والإرادة؛ فلا يعلم ما يقول ولا يريده، فهذا لا يتوجه خلاف في عدم وقوع طلاقه، والغضب غفول العقل، فإذا اغتال الغضب عقله حتى لم يعلم ما يقول فلا ريب أنه لا ينفذ شيء من أقواله في هذه الحالة، فإن أقوال المكلف إنما تنفذ مع علم القائل بصدورها منه ومعناها وإرادته للتكلم، فالأول يخرج من النائم والمجنون والمبرسم والغضبان، والثاني يخرج ممن تكلم باللفظ وهو لا يعلم معناه ألبتة، وهو لا يلزم مقتضاه، والثالث يخرج ممن تكلم به مكرها وإن كان عالما بمعناه القسم الثالث: من توسط في الغضب بين المرتبتين، فتعدى مبادئه، ولم ينته إلى آخره بحيث صار كالمجنون، فهذا موضع الخلاف، ومحل النظر، والأدلة الشرعية تدل على عدم نفوذ طلاقه وعتقه وعقوده التي يعتبر فيها الاختيار والرضا، وهو فرع من الإغلاق كما فسره به الأئمة مطالب أولي النهى للرحيباني ٣٢٣/٥ وذهبت الشافعية إلى وقوع طلاق الغضبان حاشية الجمل ٣٢٤/٤.

(٣) انظر: إعلام الموقعين ٤٧/٣.

(٤) انظر: الحاوي للماوردي ٢٢٨/١٣، تهذيب سنن أبي داود لابن القيم ٣٥٤/١، الكافي لابن قدامة ١٦٤/٣، البحر الزخار ١٦٦/٤.

(٥) انظر: الكافي لابن قدامة ١٦٤/٣.

٥- إذا طلق المريض في هذيانه لا يلزمه ذلك، وكذا لو طلق وقد ذهب عقله من المرض ثم صح فأنكر ذلك حلف ولم يلزمه[١].

٦- لا يقع طلاق السكران إذا كان سكره بشيء حلال أو بحرام لضرورة كالعلاج وغيره[٢] للحديث: «لا طلاق في إغلاق»، والسكران في حال سكره مغلق على عقله.

٧- لا يقع طلاق الصبي لأن الصبي في حكم المجنون الذي لا يعقل ما يصنع[٣]، وفي الحديث: «لا طلاق في إغلاق».

٨- إيقاع الطلقات الثلاث جملة غير لازم على رأي؛ لأن الزوج يغلق عليه باب المراجعة والمناكحة[٤] وفي الحديث: «لا طلاق في إغلاق».

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: المنتقى للباجي ٤/١٢٦.

(٢) انظر: المنتقى للباجي ٤/١٢٦، مطالب أولي النهى ٥/٣٢٣.

(٣) انظر: المنتقى ٤/١٢٥، البحر الرزاق ٤/١٦٦.

(٤) انظر: طلبة الطلبة لعمر بن محمد النسفي ص ٦٠.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥١٥

نص الضابط: الطَّلاقُ الصَّريحُ لا يفْتَقِرُ إلى قَصْدِ المعْنَى[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- الطلاق يقع مع الجهالة[(٢)].

صيغ ذات علاقة:

١- الجهل بالحكم لا يؤثر وإن عذر به[(٣)]. (أعم).

٢- المتكلم بما لا يعلم معناه يلزمه حكمه في الطلاق والعتاق والنكاح والتدبير[(٤)]. (أعم).

٣- الجاهل كالمجتهد في عبادة ونكاح ومعاملة وطلاق[(٥)]. (أعم).

---

(١) انظر: التاج المذهب لابن المرتضى٢/١٢١.

(٢) البيان للعمراني ١٠/٢٢٨.

(٣) انظر: نهاية المحتاج للرملي٦/٤٢٦، وانظر قاعدة: "الجهل هل ينتهض عذرا"، في قسم القواعد الفقهية.

(٤) مغيث الحكام للسينوبي ١/١٣/ب، التحقيق الباهر لهبة الله أفندي٢/١٣٩، ذخيرة الناظر للطوري ١/١٦/أ.

(٥) شرح الأزهار لابن مفتاح ١/٥٤.

شرح الضابط :

الطلاق الصريح : ما اشتق من لفظ الطلاق نحو قولك أنت طالق وأنت مطلقة، وطلقتك، ونحو ذلك، ولا يحتاج فيه إلى نية[١].

والصريح يؤخذ من القرآن[٢]، وصريح القرآن جاء بألفاظ الطلاق فحسب.

وقد جاء في التاج المذهب : والطلاق يكون باللفظ وبغيره واللفظ ينقسم إلى صريح وكناية، فالصريح لا يعتبر فيه إلا أن يكون المطلق قد قصد إيقاع اللفظ في الطلاق باللفظ الصريح، بأن ينطق به عالمًا معناه عاقلاً مختارًا غير نائم ولا ساه، وإن لم يقصد معناه فيقع الطلاق بقصد اللفظ مع علمه بأن هذا اللفظ موضوع للطلاق[٣].

وعند الشافعية : أنه يشترط لألفاظ الطلاق الصريحة العلم بالمعنى ويشترط لألفاظ الكناية قصد المعنى[٤].

هذا واتفق الفقهاء على وقوع الطلاق ممن يتعمده، فإن مرّ لفظ الطلاق بلسان نائم، أو تلفظ به من زال عقله، بسبب لم يعص الله فيه، أو سبق لسانه إلى لفظ الطلاق، أو تلفظ به حاكيًا كلام غيره، أو كرر الفقيه لفظ الطلاق في الدرس، فلا يقع الطلاق في هذه المسائل[٥].

وبناء على ما مرّ فإن المقصود بهذا الضابط أن الطلاق الصريح يحتاج إلى المعرفة بمعنى اللفظ، فإذا عُرف معنى اللفظ، فلا يحتاج إلى قصد معناه،

---

(١) تحفة الفقهاء للسمرقندي ٢/١٧٥-١٧٦، التلقين للثعلبي المالكي ١/١٢٨.

(٢) أسنى المطالب للأنصاري ٣/٢٧٢.

(٣) التاج المذهب لابن المرتضى ٢/٤٤٦.

(٤) أسنى المطالب للأنصاري ٣/٢٨٠.

(٥) الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٠/٣٠٩، ٢٢/٢٢٢.

وللعلماء كلام في طلاق الهازل، وطلاق المخطئ، أو من سبق إلى لسانه لفظ الطلاق.

أولاً: طلاق الهازل:

والهازل واللاعب في اللغة مترادفان، لكن الفقهاء فرقوا بينهما فرأوا أن الهازل: هو من قصد اللفظ دون معناه واللاعب: هو من لم يقصد شيئًا، كأن تقول الزوجة في معرض الملاعبة أو الاستهزاء: طلقني، فيقول لها الزوج لاعبًا أو مستهزئًا: طلقتك، فيقع الطلاق؛ وعلل الفقهاء لذلك بأن كلاً من الهازل واللاعب أتى باللفظ عن قصد واختيار، وإن لم يرض بوقوعه، فعدم رضاه بوقوعه؛ لمجرد ظنه أنه لا يقع لا أثر له؛ لخطأ ظنه، ولا عبرة بالظن البين خطؤه[1].

ثانيًا: طلاق المخطئ أو من سبق لسانه:

والمخطئ: هو الذي يريد أن يتكلم بغير الطلاق، فزلَّ لسانه ونطق بالطلاق من غير قصد أصلاً، بأن أراد أن يقول: طاهر مثلا، فقال خطأ: أنت طالق وقد تنوعت أنظار الفقهاء حول وقوع الطلاق في هذه الحالة، فرأى الشافعية أن الطلاق لا يقع في هذه الحالة؛ لعدم قصده للطلاق أصلا، بينما ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يقع طلاقه في الفتوى والديانة، أي فيما بينه وبين الله تعالى، وأما من جهة القضاء[2] فإنه يقع، وقيد المالكية وقوعه قضاء بأن لم يثبت سبق لسانه بالبينة، وإلا فلا يلزمه الطلاق في الفتوى ولا في القضاء[3].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/١٠٠، التاج والإكليل للمواق ٥/٣١١، أسنى المطالب للأنصاري ٣/٢٨١، كشاف القناع ٥/٢٤٦، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/١٦٧.

(٢) يعني: إذا رفع الأمر إلى القاضي ليحكم بين الزوجين.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٠٠، التاج والإكليل ٥/٣١١، أسنى المطالب ٣/٢٨١، كشاف القناع ٥/٢٤٦، البحر الزخار ٤/١٦٧.

وسبب التفرقة بين الهازل والمخطئ عند جمهور الفقهاء : أن الهازل قصد اللفظ، فاستحق العقوبة والزجر عن اللعب بأحكام الدين، وأما المخطئ فلا قصد له أصلاً، فلم يستحق العقوبة والزجر حتى يحكم بوقوع طلاقه.

وقد قسم الفقهاء الطلاق من حيث الصيغة المستعملة فيه إلى نوعين: طلاق صريح، وطلاق كنائي:

١- **الطلاق الصريح**: وقد اتفق الفقهاء[(١)] على أن اللفظ الصريح في الطلاق: هو ما لا يستعمل إلا في الطلاق غالبا، لغة أو عرفا وعرفه بعضهم بأنه: ما ثبت حكمه الشرعي بلا نية وليس بين التعريفين تناف بل بينهما تكامل؛ فالتعريف الأول بحسب اللفظ المستعمل في الطلاق، والتعريف الثاني بحسب الأثر الناتج عن هذا اللفظ.

واتفق الفقهاء على أن اللفظ الصريح يقع به الطلاق بغير نية، كما يقع به الطلاق قضاء حتى لو نوى غير الطلاق، فلو أطلق اللفظ الصريح، وقال: لم أنو به شيئا وقع به الطلاق، ولو قال: نويت غير الطلاق لم يصدق قضاء وصدق ديانة.

٢- **الطلاق الكنائي**: واتفق الفقهاء على أن الكناية في الطلاق هي: ما لم يوضع اللفظ لها، بل احتمل اللفظ الطلاق وغير الطلاق، فأما إذا لم يحتمل اللفظُ الطلاقَ أصلا لم يكن كناية، وكان لغوًا لا يقع به شيء[(٢)] أما الكنائي فلا يقع به الطلاق إلا مع النية؛ لأن اللفظ يحتمل الطلاق وغيره، فلا يصرف إلى الطلاق إلا بالنية، وأما وقوعه بالنية فلأن اللفظ يحتمله، فيصرف إليه بها.

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٢٤٧/٣ - ٢٩٦، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٧٨/٢، مغني المحتاج ٢٨٠/٣، المغني ٣١٨/٧ - ٣١٩، البحر الزخار ١٥١/٤.

(٢) انظر: المغني ٣٢٩/٧، البحر الزخار ١٥١/٤.

وأما عن ماهية هذه الألفاظ الصريحة والكناية في الطلاق، فقد تنوعت أنظار الفقهاء فيها:

فذهب الشافعية والحنابلة إلى أن الألفاظ الصريحة في الطلاق ثلاثة هي: الطلاق والفراق والسراح، وما اشتق منها لغة وعرفا، مثل: طلقتك، وأنت طالق ومطلَّقة، فلو قال: أنت مطلقة بالتخفيف كان كناية؛ لعدم اشتهاره في الطلاق، وأما الكنائي فما وراء الصريح من الألفاظ مما يحتمل الطلاق كلفظ اعتدي، واستبرئي رحمك، وألحقي بأهلك، وأنت خلية، وأنت مطلقة بغير تشديد ونحو ذلك[١].

وذهب الحنفية إلى وقوع الطلاق باللفظ المحرَّف، فإن كان اللفظ صريحا وقع الطلاق به بغير نية، كلفظ: طلاغ، وتلاغ، ولا فرق في هذا بين أن يكون المطلق عالما أو جاهلا، إلا أن يقول المطلق: تعمدت التصحيف هذا للتخويف به، واحتف به من قرائن الحال ما يصدقه، كالإشهاد على ذلك قبل الطلاق، فإنه لا يقع به شيء على المفتى به، وإلا وقع الطلاق[٢].

وذهب الحنفية والمالكية إلى أن الكنايات الظاهرة في الطلاق تلحق بالصريح، فأوقعوا الطلاق بها بغير نية، وهي الكنايات التي تستعمل في الطلاق كثيرا وإن لم توضع له في الأصل، وهي عندهم لفظ الفراق والسراح[٣] ولم يحصر الفقهاء الصريح في الطلاق باللغة العربية، بل أطلقوه فيها وفي غيرها من اللغات.

ويرى الظاهرية أن من قال لامرأته: أنت علي حرام، فهو كلام باطل

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/ ٢٨٠، المغني ٧/٣١٨- ٣٢١.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٣/٢٤٩.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٣/٢٤٧-٢٤٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٣٧٨.

وكذب، ولا تكون بذلك عليه حراما، وهي امرأته كما كانت، سواء نوى بذلك طلاقا أو لم ينو[١].

ويرى الإمامية أنه لا عبرة بلفظ السراح والفراق، وإن عبر عن الطلاق بهما في القرآن الكريم بقوله: ﴿أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢]؛ لأنهما عند الإطلاق لا يطلقان عليه فكانا كناية عنه، لا صراحة فيهما، والتعبير بهما لا يدل على جواز إيقاعه بهما وكذا لفظ الخلية أوالبرية، وغيرهما من الكنايات كالبتة، والبتلة، وحرام، وبائن، واعتدي، وإن قصد الطلاق؛ لأصالة بقاء النكاح إلى أن يثبت شرعا ما يزيله[٢].

أدلة الضابط :

١- قوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة»[٣].

٢- وقال علي رضي الله عنه: ثلاثة لا لعب فيهن: الطلاق والعتاق والنكاح[٤].

٣- وقد دل الإجماع على أن طلاق الهازل يقع، قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم، على أن جد الطلاق وهزله سواء[٥].

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٩/٣٠٢.

(٢) انظر: الروضة البهية للجبعي، الجزء السادس - كتاب "الطلاق".

(٣) رواه أبو داود ٣/٧٠ (٢١٨٨)، والترمذي ٣/٤٩٠ (١١٨٤)، وابن ماجه ١/٦٥٨ (٢٠٣٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وقال الترمذي: حسن غريب.

(٤) رواه عبد الرزاق في مصنفه ٦/١٣٤.

(٥) انظر: المغني ٧/٣٠٣.

٤- ولأن ما يعتبر له القول يكتفى فيه به، من غير نية، إذا كان صريحا فيه، كالبيع[١].

٥- ولأن الفائت بالخطأ ليس إلا القصد، والقصد ليس بشرط لوقوع الطلاق[٢].

تطبيقات الضابط :

١- إذا جهل الشخص بصراحة ألفاظ الطلاق، فإن هذا لا يؤثر في الحكم، فيقع الطلاق بكل لفظ صريح[٣].

٢- إن علق الطلاق بشرط يجهل وقوعه فإن كان يمكن علم حصول الشرط كقوله أنت طالق إن ولدت أنثى، ففي هذا الحالة يتوقف الطلاق على وجود الشرط[٤].

٣- إن حلف بالطلاق ليفعلن شيئا فتركه جاهلا به، فإنه يحنث في الطلاق[٥].

٤- إن خير زوجته في الطلاق فمضى زمن تخييرها أو مكنته من نفسها بعد علمها، قام هذا مقام ردها بالرفض، ولو كان هذا مع جهلها بالحكم[٦].

٥- من تعلقت به زوجته فقالت: طلقني، فأمسك بمصراعي الباب مثلا،

---

(١) انظر: المغني ٧/٣٠٣.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٠٠.
(٣) انظر: نهاية المحتاج ٦/٤٢٦، تحفة المحتاج ٨/٨.
(٤) المفصل لزيدان ٧/٤٧٩، ٤٨٠.
(٥) انظر: الإقناع للحجاوي ٤/٤٧.
(٦) انظر: حاشية النفراوي على الفواكه الدواني ٢/٤٥.

فقال: أنت طالق، طلقت، ولا يقبل قوله أنه أراد الباب، إلا إن قال: يا باب[(١)].

٦- من التطبيقات المعاصرة: ما يقع بين الممثلين والممثلات في الأفلام ونحوها[(٢)] من الطلاق بينهم إذا كانوا من الأزواج فالطلاق واقع، ولا عبرة في إيقاع الطلاق ممن ليس منهم لكونه لا محل له.

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: شرح النيل لأطفيش ٥٠٧/٧.

(٢) مع عدم إقرارنا لما يحدث في هذه الأفلام والمسلسلات من مجون وفسق.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥١٦

نص الضابط: الكِنايَةُ معَ النِّيَّةِ في الطَّلاقِ كالصَّريح[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الطلاق يقع بالكناية مع النية[٢].

٢- الطلاق يفتقر إلى النية في الكناية، ولا يفتقر إليها في الصريح[٣].

٣- لا يقع الطلاق بشيء من الكنايات إلا بالنية، أو بدلالة الحال[٤].

---

(١) المجموع للنووي ٢٤٣/٧، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٢، في حاشية الروض المربع لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي النجدي الحنبلي ٥٠٧/٦ بلفظ: (لا يقع الطلاق بالكناية إلا بنية مع قرينة إرادة الطلاق) وفي التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ١١٥/١ بلفظ: (لا يقع الطلاق بالكنايات إلا بالنية) وفي منهج الطالبين للرستاقي ١٢٥/١٦ بلفظ: (الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بعقد النية) وفي العقود الدرية لابن عابدين ٤٣/١ بلفظ: (ألفاظ كنايات الطلاق لا يقع بها إلا بالنية) وفي الحاوي للماوردي ١٦٦/١٣ بلفظ: (الكناية لا يقع الطلاق بها إلا مع النية) وفي عمدة القاري للعيني ٧١/١٨ بلفظ: (الكناية لا يقع بها الطلاق، ما لم ينوه) وفي فتح القدير لابن الهمام ٣٩٧/٣ بلفظ: (الكنايات لا يقع بها الطلاق إلا بالنية) وفي الفتاوى الأنقروية ٧٢/١ بلفظ: (كنايات الطلاق لا بد فيها من النية).

(٢) إعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ٥٣/٣.

(٣) إعانة الطالبين للبكري ٣/٤.

(٤) رمز الحقائق للعيني ١٤٦/١، في حاشية ابن عابدين ٢٩٩/٣ بلفظ: (لا شيء من الكناية يقع به الطلاق بلا نية أو دلالة الحال) وفي أصول السرخسي ١٨٨/١ بلفظ: (الحكم بالكناية لا يثبت إلا بالنية، أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال) وفي شرح الأحكام للإبياني ٣١٩/١ بلفظ: (الكناية لا يقع بها الطلاق إلا بنية أو دلالة الحال).

٤- كنايات الطلاق تفتقر إلى نية، أو ما يقوم مقامها[١].

صيغ ذات علاقة :

١- كل تصرف يستقل به الشخص ينعقد بالكناية مع النية، كما ينعقد بالصريح[٢]. (أعم).

٢- الكناية مع النية كالصريح[٣]. (أعم).

٣- الصريح من ألفاظ العقود والفسوخ لا يحتاج إلى نية، والكناية تحتاج[٤]. (أعم).

٤- الكناية إذا تجردت عن نية سقط حكمها[٥]. (أعم).

شرح الضابط :

الكناية في اللغة : أن يتكلم بشيء يستدل به على المكنى عنه كالرفث

---

(١) انظر: الإقناع ١١/٤.

(٢) انظر: المجموع ١٦٦/٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ٢٩٦/١.

(٣) أسنى المطالب ٢٥٧/٣، نهاية المحتاج ٤٤٠/٦، حاشية الجمل ٣٤٠/٤، المغني لابن قدامة ٢٦٢/٧، في البناية للعيني ٦٦٠/١٠ بلفظ: (الكناية تقوم مقام الصريح بالنية) وبنحوه في تكملة البحر للطوري ١٩٢/٨ وفي عمدة القاري للعيني ٦٣/١ بلفظ: (النية إذا قارنت الكناية كانت كالصريح).

(٤) نواضر النظائر لابن الصاحب ٢٢/١/ب وفي فتح القدير ٤١/٣ بلفظ: (الكناية مفتقرة إلى النية) وفي تنوير البصائر للغزي ٢٧/١/أ بلفظ: (الكناية يرجع فيها إلى النية) وانظر حاشية ابن عابدين ٤٣٧/١ بما معناه: أن الصريح لا يحتاج إلى النية في القضاء، ويحتاج إليها ديانة والكناية يحتاج إليها فيهما وفي إعانة الطالبين للبكري ١٢/٤ بلفظ: (ألفاظ الطلاق الصريح لا تحتاج إلى نية) وفي المغني ٥٦١/١٠ بلفظ: (ما كان كناية تعتبر له النية) وانظر: إبراز الضمائر للأزميري ١٤/١/ب، فتح الغفار لابن نجيم ٤٢/٢.

(٥) الحاوي للماوردي ١٠٣/١٤.

والغائط، وهي اسم مأخوذ من كنيت بكذا عن كذا من باب رمى[١].

وفي الاصطلاح: هي كلام استتر المراد منه بالاستعمال، وإن كان معناه ظاهرا في اللغة، سواء أكان المراد به الحقيقة أم المجاز، فيكون تردد فيما أريد به، فلا بد من النية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال.

وذكر صاحب فتح القدير: أن الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه بخلاف الصريح[٢].

والنية في اللغة تأتي لمعان، منها: القصد[٣] وهو المقصود هنا.

والصريح في اللغة: هو الذي خلص من تعلقات غيره ويطلق الصريح أيضًا على كل خالص، ومنه: القول الصريح: وهو الذي لا يفتقر إلى إضمار أو تأويل وصرّح بما في نفسه أي أخلصه للمعنى المراد، أو أذهب عنه احتمالات المجاز والتأويل[٤].

وأما الصريح في الاصطلاح: فهو اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق، ويقابله: الكناية[٥].

والطلاق على ضربين: صريح وكناية[٦].

فصريح الطلاق: ما وُضع له، فلا يُفهم منه غيره، كقول الزوج لزوجته: أنت طالق، أو طلقتك.

---

(١) انظر: المصباح المنير للفيومي ٥٤٢/٢ (كتاب الكاف).

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٧٨/٣ – ٨٨.

(٣) انظر: المصباح المنير ٦٣٢/٢، القاموس المحيط للفيروز آبادي (فصل الواو)، المعجم الوسيط ٩٦٥/٢.

(٤) انظر: المصباح والقاموس والصحاح مادة (صرح).

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٢٩٣ الطبعة الأولى، المنثور ٣٠٦/٢ الطبعة الأولى.

(٦) المنتقى للباجي ٦/٤.

وكنايته : ما احتمله الطلاق وغيره، كقول الزوج لزوجته: أنتِ خَلِيَّة، أو الحقي بأهلك، أو لا حاجة لي فيك، فإن هذه الألفاظ تحتمل الطلاق، وتحتمل غيره[١].

وعرّف الخطيب الشربيني الكناية في الطلاق بأنها: كل لفظ له إشعار قريب بالفراق، ولم يَشِع استعماله فيه شرعًا ولا عرفًا[٢].

ومفاد الضابط: أن كل لفظ يحتمل الطلاق ويحتمل غيره ـ وهو المعبر عنه في الضابط بالكناية في الطلاق ـ فالمرجع فيه إلى نية الزوج وقصْده، فإن نوى به الطلاق وقع طلاقًا، وكان حكمه كحكم الطلاق الصريح، وإن لم ينو به الطلاق فلا يقع طلاقًا هذا ما عليه عامة فقهاء المذاهب[٣].

وأضاف المالكية أن لفظ الطلاق الكنائي إن كثر استعماله في الطلاق وعُرِف به فإنه يصيّره طلاقًا صريحًا[٤].

وذهب ابن حزم والإمامية إلى عدم وقوع الطلاق بألفاظ الكناية مطلقا[٥].

والكنايات في الطلاق نوعان:

ظاهرة، نحو: أنتِ خليّة، وبريئة، وبائن.

---

(١) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٥/٢، الإقناع ٩/٤.

(٢) مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٢٨٢/٣، عرّفه الماوردي في الحاوي ١٥٠/١٣ بقوله: كل لفظ لا يفتقر في الطلاق عند الغضب والطلب إلى نية الطلاق كان صريحًا فيه وكل لفظ تعارف الناس استعماله في الطلاق وغير الطلاق لم يكن صريحًا.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٣٩٧/٣، التاج والإكليل للمواق ٣٢٩/٥، المجموع ٢٤٣/٧، الإقناع للحجاوي ١١/٤-١٢، منهج الطالبين للرستاقي ١٢٥/١٦، نيل الأوطار للشوكاني ٢٧٨/٦.

(٤) انظر: المنتقى شرح الموطأ ٦/٤، ترتيب الفروق للبقوري ٢٤٤/١، النوازل الجديدة الكبرى للوزاني ٦٥/٤.

(٥) انظر: المحلى ٣٠٢/٩، شرائع الإسلام ٨/٣.

وخفيّة، نحو: اخرجي، واذهبي، واعتدي[١].

وهل تقوم دلالة الحال مقام النية في كنايات الطلاق، كوجود حال غضب من الزوج، أو خصومة بينه وبين زوجته قبل إيقاع الطلاق؟

ذهب الحنفية والحنابلة إلى اعتبار ذلك ومنعه الشافعي[٢].

وقال ابن اللحام مؤيدا مذهب الحنفية والحنابلة: ولا يقع الطلاق بالكناية إلا بنية مع قرينة إرادة الطلاق، فإذا قرن الكنايات بلفظ يدل على أحكام الطلاق مثل أن يقول: فسخت النكاح، صارت كالصريح[٣].

أدلة الضابط :

١- قوله ﷺ: «**إنما الأعمال بالنيات**»[٤] فالنية معتبرة في كل أعمال الإنسان ومن ذلك ما يوقعه من كنايات الطلاق، فإذا قارنت النية لفظ الطلاق الكنائي كان كالصريح[٥].

٢- ما رُوي أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة ألبتة، فأخبر النبي ﷺ بذلك وقال: والله ما أردت إلا واحدة فقال رسول الله ﷺ: «**والله ما أردت إلا واحدة**»؟ فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة فردّها إليه رسول الله ﷺ[٦].

---

(١) انظر: الإقناع ٤/١١-١٢.

(٢) انظر: أصول السرخسي ١/١٨٨، حاشية ابن عابدين ٣/٢٩٧، فتح القدير لابن الهمام ٣/٣٩٧، التجريد للقدوري ٩/٤٧٤٨، روضة القضاة لابن السمناني ٣/٩٧٣، الإقناع ٤/١١- ١٢، المقنع لابن قدامة ١/٢٣١.

(٣) انظر: الاختيارات لابن اللحام ١/٥٧٠.

(٤) رواه البخاري ١/٦ (١) وفي مواضع أخر، ومسلم ٣/١٥١٥، ١٥١٦ (١٩٠٧)/(١٥٥) من حديث أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

(٥) انظر: عمدة القاري للعيني ١/٦٣.

(٦) رواه أحمد ٣٩/٥٣٢، وأبو داود ٢/٢٦٣ (٢٢٠٨)، والترمذي ٣/٤٨٠ (١١٧٧)، وابن ماجه=

وجه الاستدلال: أن ركانة لما طلّق امرأته ألبتة، وهو لفظ يحتمل التطليقة الواحدة، ويحتمل أكثر منها، سأله النبي ﷺ عن نيته، فدل على أن النية معتبرة في تحديد عدد التطليقات، وكذلك في كل طلاق كنائي[1].

٣- ما رُوي أن رجلاً قال لامرأته: حبْلك على غاربِك[2] فأحلفه عمر ابن الخطاب رضي الله عنه عند الكعبة: ماذا أراد؟ فقال: أردت الفراق فقال له عمر: فهو ما أردت[3].

٤- قاعدة: «**الكناية مع النية كالصريح**»[4] وأدلتها فبمقتضاها يكون طلاق الكناية مع النية كالصريح.

٥- قاعدة: «**كل تصرف يستقلّ به الشخص ينعقد بالكناية مع النية**»[5] والطلاق من التصرفات التي يستقل بها الشخص[6].

٦- ولأن كنايات الطلاق غير مختصة به، بل تحتمله وغيره، فلا بد من اليقين، أو المرجح، وإنما يعرف ذلك بالنية[7].

= ٦٦١/١ (٢٠٥١)، وقال الترمذي عقبه: سألت محمدا (يعني البخاري) عن هذا الحديث فقال: فيه اضطراب، ويروى عن عكرمة عن ابن عباس أن ركانة طلق امرأته ثلاثا.

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٤٦٦/٣.

(٢) يقال: ألقيت حبْله على غاربه، إذا تركته يذهب حيث يريد وأصله أنهم إذا أرادوا إرسال الناقة في الرعي ألقوا حبْلها على غاربها (وهو مقدم سنامها) لئلا تبصره، فيتنغص عليها ما ترعاه انظر: جمهرة الأمثال لأبي هلال العسكري ٩٤/١.

(٣) رواه سعيد بن منصور في سننه ٣١٩/١ (١١٥٣)، وابن أبي شيبة في مصنفه ٧٨/٤ (١٧٩٨٦).

(٤) تحفة المحتاج ٢٥/٨، المغني ٢٦١/٧.

(٥) المجموع للنووي ١٩٥/٧.

(٦) انظر: المجموع ١٩٥/٧.

(٧) انظر: رمز الحقائق للعيني ١٤٦/١، شرح الأحكام للإبياني ٣١٩/١، أصول السرخسي ١٨٨/١، شرح الزركشي للخرقي ٤٠٠/٥.

تطبيقات الضابط :

١- لو قال الزوج لزوجته: أنتِ خَلِيَّة إن شاء الله، أو خلوتِ مني، أو خلوتُ منكِ، ونوى الطلاق فإنها تطلق، لأن هذه العبارات كنايات والكناية مع النية في الطلاق كالصريح[١].

٢- إذا قال لزوجته: أنت بائن، أو حبْلك على غاربك، أو الحقي بأهلك، أو سيري إلى أهلك، فالمرجع إلى نية الزوج، فإن نوى الطلاق وقع[٢] لأن هذه العبارات كنايات عن الطلاق، والكناية مع النية في الطلاق كالصريح.

٣- لو قال لامرأته: أنت بريئة، أو برئتِ مني، أو برئتُ منكِ، أو اذهبي، أو اعزبي، أو تقنّعي، أو اخرجي، أو لا حاجة لي فيك، أو شأنك بمنزل أهلك، أو الزمي الطريق خارجة، أو قد ودّعتك، أو قد ودعتني، يكون طلاقًا بإرادة الطلاق[٣] لأن هذه العبارات كنايات عن الطلاق والكناية مع النية في الطلاق كالصريح .

٤- لو جعل الزوج الطلاق بيد زوجته، فقالت: سرّحتُ نفسي، أو اخترتها، أو اخترت أبويَّ، أو اخترت الأزواج، أو اخترت ألا تدخل علي، أو اخترت الانفراد، أو اخترت الاستقلال بنفسي، مع نية الطلاق وقع[٤] لأن هذه العبارات كنايات عن الطلاق والكناية مع النية في الطلاق كالصريح.

---

(١) انظر: الأم ٥/٢٧٦، المجموع ٧/٢٤٣، الأشباه والنظائر للسيوطي ص٤٢.

(٢) انظر: المعيار المعرب للونشريسي ٤/٣٩٦، المغني ٧/٢٩٨.

(٣) انظر: الأم ٥/٢٧٦.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٤/٤٦٦، الحاوي للماوردي ١٣/٣٤، شرح منتهى الإرادات ٣/٩١، مطالب أولي النهى ٥/٣٥٥، إبراز الضمائر للأزميري ١/١٤/ب.

٥- من قال لزوجته: إنك لا تحلّين لي، أو أنت عليّ حرام، أو أنت عليّ كالميتة والدم، وقصد الطلاق طلقت[١] لأن هذه العبارات كنايات عن الطلاق والكناية مع النية في الطلاق كالصريح.

٦- من قال لزوجته: أنت وشأنك، ونوى الطلاق وقع[٢] لأن هذه العبارة من كنايات الطلاق، والكناية مع النية في الطلاق كالصريح.

٧- إذا قال الزوج لامرأته: لستِ لي بامرأة، أو لستُ لكِ زوجًا، تطلق إن نوى طلاقًا[٣] لأن هذه العبارة من كنايات الطلاق، والكناية مع النية في الطلاق كالصريح.

٨- إن قال الزوج لامرأته: أنتِ خالصة، فإن هذا اللفظ من كنايات الطلاق يقع به الطلاق إذا نواه[٤] لأن الكناية مع النية في الطلاق كالصريح.

٩- لو قالت الزوجة لزوجها: طلقني بكذا، فقال: أبنتك ونوى الطلاق، وقع الطلاق[٥]، كما لو قال لها: أبيني نفسك، فقالت أبنت ونوى الزوج تفويض الطلاق إليها بأبيني، ونوت هي تطليق نفسها بأبنت، وقع الطلاق[٦]؛ لأن الكناية مع النية كالصريح.

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: فتح الغفار لابن نجيم ٤٢/٢، المعيـار المعرب للونشريسي ١٨٨/٤، تنوير البصائر للغزي ٢٦/١، الإقناع للحجاوي ١٢/٤.

(٢) انظر: المعيار المعرب للونشريسي ٣٩٦/٤.

(٣) فتاوى دار الإفتاء المصرية ٢٠٧٩/٦.

(٤) انظر: فتاوى دار الإفتاء المصرية ٢٠٥٢/٦.

(٥) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٢٥٧/٣.

(٦) انظر: مغني المحتاج للشربيني الخطيب ٤٦٦/٤.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥١٧

نص الضابط: الطلاقُ لا يَتَبَعَّضُ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الطلاق لا يتجزأ[٢].

٢- الطلقة لا تتبعض[٣].

٣- الطلاق إذا وقع بعضه كُمِّل[٤].

٤- ذكر ما لا يتبعض في الطلاق ذكر لجميعه[٥].

٥- بعض التطليقة يقوم مقام التطليقة[٦].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٩٨، الفروق للقرافي ١/١٩٠، الكافي لابن عبد البر ٢/٥٨٠، الحاوي للماوردي: ١٣/٢٤٤، مغني المحتاج ٤/٤٨٤، المبدع لابن مفلح ٧/٣٠٦، كشاف القناع للبهوتي ٥/٢٤٣، التاج المذهب لأحكام المذهب للعنسي ٢/٢٠١، الفروق للكرابيسي ١/١٩١، الفوائد المبنية للشعراني١/٢٧٥/أ وفي السيل الجرار للشوكاني ٢/٣٧١ بلفظ: (الطلاق لا يتبعض، ولكن يُتَمُّ كَسْرُه).

(٢) منهج الطالبين للرستاقي ١٦/١٨٠، حاشية الجمل ٤/٣٤٦، مغني المحتاج ٣/٢٩٨، لسان الحكام لابن الشحنة ١/١٦٥.

(٣) التجريد للقدوري ١٠/٤٩٧٧.

(٤) انظر: الفروق ١/١٩١.

(٥) المغني ١٠/٥٠٩، القواعد لابن اللحام ١/١٦٥.

(٦) الحاوي للماوردي ١٣/٥٨.

٦- قطع العصمة لا يتبعض[١].

شرح الضابط:

معنى «**لا يتبعض**» أي لا يتجزأ، والتَّبَعُّض مأخوذ من البَعْض، وبعض الشيء: الطائفة منه، وبعضهم يقول: الجزء منه، والجمع: أبعاض.

قال ثعلب: أجمع أهل النحو على أن البعض: شيء من شيء، أو شيء من أشياء، وبعَّضت الشيء تبعيضًا: جعلته أبعاضًا متمايزة[٢].

ويفيد الضابط: أن الزوج إذا أوقع جزءاً من الطلاق على زوجته بأن قال لها: أنتِ طالق نصف تطليقة أو أوقع الطلاق على بعض زوجته؛ بأن قال لها: نصفك طالق، فإن الزوجة تطلق حينئذ تطليقة كاملة؛ لأن مبنى الطلاق على السراية، فإذا وقع جزء منه سرى إلى الكل[٣] وهذا قول عامة أهل العلم[٤].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن معظم المسائل المنوطة بهذا الضابط يغلب عليها طابع الفقه التقديري الافتراضي، ولكن لا يستبعد وقوعها في بعض الحالات، ولذا ورد ذكرها في كتب الفقه.

---

(١) انظر: المنتقى شرح الموطأ ٤/٥٩.

(٢) انظر: لسان العرب، المصباح المنير مادة (بعض).

(٣) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٩٧، مطالب أولي النهى للرحيباني ٥/٣٦٧.

(٤) انظر: غمز عيون البصائر للحموي ١/٤٦٣، حاشية الجمل ٤/٣٤٦، مغني المحتاج ٣/٢٩٨، المغني لابن قدامة ٧/٣٧٦، شرح منتهى الإرادات ٣/٩٦، لسان الحكام لابن الشحنة ١/١٦٥، منهج الطالبين للرستاقي ١٦/١٨٠.

وذهب ربيعة الرأي وداود الظاهري إلى أنه لا يقع عليها شيء، لأن نصف التطليقة لا يكون تطليقة حقيقة، بل هو بعض التطليقة، وبعض الشيء ليس عين ذلك الشيء انظر: بدائع الصنائع ٣/٩٨، التاج المذهب لأحكام المذهب ٢/٢٠١.

أدلة الضابط :

١- إجماع العلماء على ذلك كما حكاه ابن المنذر[١].

٢- قوله ﷺ: «ثلاثٌ جِدهن جِدٌّ وهزلهُن جدٌّ النكاح والطلاق والرجعة»[٢] ووجهه في الطلاق أن تبعيضه يحمل على الكمال سواء أكان المطلق عازما أو غير عازم؛ إذ كلمة «الطلاق» في الحديث مستغرقة للجنس فهي تشمل ما يقع عليه جنس الطلاق ولو أدنى جزء منه.

٣- ما رُوي عن بعض التابعين أنهم أوقعوا الطلاق المبعَّض طلاقًا كاملاً:

فقد رُوي عن الحسن في رجل كان له أربع نسوة فقال لهن: بينكن تطليقة قال الحسن: لكل واحدة تطليقة[٣] وروي نحو هذا عن حماد وقتادة[٤].

وسئل عمر بن عبد العزيز عن الرجل يطلق امرأته نصف تطليقة قال: هي تطليقة[٥] وروي عن الشعبي نحو هذا[٦].

٤- بعض القواعد الفقهية التي يتفرع عنها الضابط، منها:

- قاعدة: «القسمة في الجنس الواحد الذي لا يتفاوت يقع على جملته»[٧] والطلاق جنس لا يتفاوت، فالجزء منه يقع على جملته.

---

(١) انظر: المغني ٣٧٦/٧، مغني المحتاج ٤٨٤/٤.
(٢) رواه أبو داود ٧٠/٣ (٢١٨٨)، والترمذي ٤٩٠/٣ (١١٨٤)، وابن ماجه ٦٥٨/١ (٢٠٣٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وقال الترمذي: حسن غريب.
(٣) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٨٤/٤ (١٨٠٥٨).
(٤) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٨٤/٤ (١٨٠٦٠).
(٥) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٨٤/٤ (١٨٠٥٩).
(٦) رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ٨٤/٤ (١٨٠٦١).
(٧) بدائع الصنائع ٩٩/٣.

ولهذه القاعدة صيغ مختلفة، منها:

أ- (ذكرُ البعض فيما لا يتبعض ذكرٌ لكله)[١].

ب- (ما لا يتبعّض يُكَمَّل)[٢].

والطلاق مما لا يتبعض، فذِكر بعضه ذكرٌ لكله، وإيقاع بعضه كإيقاع كله[٣].

تطبيقات الضابط:

١- إذا قال الزوج لزوجته: أنتِ طالق نصف تطليقة، وقعت تطليقة كاملة وكذلك إذا قال لها: أنت طالق ثلث تطليقة، أو ربع تطليقة، وقعت تطليقة كاملة[٤].

ولو قال لها: أنت طالق تطليقةً ونصفًا كانت تطليقتين أو قال لها: أنت طالق تطليقتين وعُشْرًا طلقت ثلاثًا[٥].

٢- إذا قال الزوج: أنت طالق في اليوم بعض تطليقة، وفي الغد بعض تطليقة، طلقت في كل يوم واحدة[٦].

---

(١) بدائع الصنائع ٣/٩٨، في غمز عيون البصائر ١/٤٦٣ بلفظ: (ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله) وفي الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٦٠ بلفظ: (ما لا يقبل التبعيض فاختيار بعضه كاختيار كله، وإسقاط بعضه كإسقاط كله).

(٢) المغني: ٨/٣٩٤.

(٣) انظر: أسنى المطالب ٣/٢٨٠، مغني المحتاج ٤/٤٨٤، المغني ٧/٣٧٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣/٩٨، الأم ٥/٢٠٠، القواعد لابن اللحام ١/١٢١، لسان الحكام لابن الشحنة ١/١٦٥، السيل الجرار للشوكاني ٢/٣٧١، منهج الطالبين للرستاقي ١٦/١٨٠.

(٥) انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٥٨٠، منهج الطالبين للرستاقي ١٦/١٨٠.

(٦) انظر: الحاوي للماوردي ١٣/٥٨.

٣- إذا خيّر زوجته بتطليق نفسها فطلقت نفسها ببعض الطلاق لزم إتمامه[١].

٤- إذا قال لزوجته: أنت طالق ثلاثًا، بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة، طلقت في الحال طلقتين، وتأخرت الثالثة إلى الحال الأخرى، لأنه سوى بين الحالين، فاقتضى الظاهر أن يكونا سواء، فيقع في الحال طلقة ونصف، ثم يكمل النصف، لكون الطلاق لا يتبعض، فيقع طلقتان[٢].

٥- لو قال لامرأتيه: بينكما ثلاث تطليقات، طلقت كل واحدة تطليقتين، لأنه لم يوقع على واحدة ثلاثًا، وإنما أشرك في الإيقاع، وظاهر الشركة يوجب التساوي، فينقسم الثلاث بينهما، فيكون لكل واحدة طلقة ونصف[٣].

٦- لو قال لزوجته: أنت طالق ثلاثًا، ثم قال للزوجة الثانية: أنت شريكتها في هذا الطلاق، ثم قال للثالثة: أنت شريكتهما في هذا الطلاق؛ تطلق الأولى ثلاثًا، والثانية اثنتين، والثالثة واحدة[٤].

٧ - لو قال لزوجاته الأربع: قد أوقعت بينكن تطليقة، كانت كل واحدة منهن طالقًا واحدة.

ولو قال: بينكن تطليقتان، وقعت على كل زوجة تطليقة، لأن التطليقتين إذا انقسمتا بين الأربع يصيب كل واحدة نصف تطليقة، ونصف التطليقة تطليقة.

---

(١) انظر: المنتقى شرح الموطأ ٤/ ٥٩.

(٢) المغني ٧/ ٢٨٤.

(٣) انظر: الفروق ١/ ١٩٠.

(٤) انظر: المنثور في القواعد ٢/ ٢٥٤.

ولو قال: بينكن خمس تطليقات، طلقن اثنتين.

وإن قال: بينكن تسع تطليقات، وقعت على كل واحدة ثلاث تطليقات، لأن التسع إذا قسمت على أربع أصاب كل واحدة منهن تطليقتان وربع تطليقة، وربع تطليقة تطليقة كاملة[1].

٨- إن قال لزوجته: بعضُك طالق، أو جزء منك طالق، أو بدنك أو رأسك أو شعرك أو يدك أو أصبعك طالق طلقت، ولا يقع الطلاق على بعضها دون بعض[2].

براء الإدلبي

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/٩٨-٩٩، الكافي لابن عبد البر ٢/٥٨٠، الأم ٨/٢٩٨، السيل الجرار ٢/٣٧١، التاج المذهب لأحكام المذهب ٢/٢٠١.

(٢) انظر: الأم ٥/٢٠٠، الكافي لابن عبد البر ٢/٥٨٠.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥١٨

نص الضابط : الطَّلَاقُ الـْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ كَالـْمُوقَعِ بَعْدَ الشَّرْطِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- إذا علق الزوج الطلاق بشرط لم تطلق قبل وجوده[٢].

٢- الطلاق المعلق على شرط غير مستحيل لا يقع قبل وجود الشرط[٣].

صيغ ذات علاقة :

١- الأصل أن الطلاق إذا علق بفعلين يقع عند آخرهما[٤]. (تكامل).

٢- الأصل أنه متى أضاف الطلاق إلى أحد الوقتين يقع بآخرهما[٥]. (تكامل) .

---

(١) التجريد للقدوري ٤٩٣٨/١٠.

(٢) المقنع لابن قدامة ٢٣٧/١.

(٣) البيان للعمراني ١٣٥/١٠.

(٤) الفتاوى الهندية لعلماء الهند ٣٦٩/١.

(٥) المرجع السابق ٣٦٩/١.

٣- الشرط في الطلاق يلغو إن لم يكن من قضاياه[١]. (قيد).

٤- الطلاق المعلق على شرط يستحيل وجوده يلغى الشرط ويقع الطلاق[٢]. (استثناء).

٥- إذا علق الطلاق بأمر كائن لا محالة وقع الطلاق في الحال[٣]. (استثناء) .

شرح الضابط :

معنى التعليق على شرط هنا : ربط حصول مضمون جملة بحصول مضمون جملة أخرى[٤].

وأدوات الربط والتعليق هي : إن، وإذا، وإذ ما، وكل، وكلما، ومتى، ومتى ما، ونحو ذلك، وهي كلها تفيد التعليق بدون تكرار إلا «كلما» فإنها تفيد التعليق مع التكرار[٥].

وقد يكون التعليق بدون أداة كما إذا قال لها: علي الطلاق سأفعل كذا، فإنه بمثابة قوله: علي الطلاق إن لم أفعل كذا وهو المسمى بالتعليق المعنوي، وقد جاء به العرف.

واتفق جمهور الفقهاء على صحة اليمين بالطلاق أو تعليق الطلاق على شرط مطلقا إذا استوفى شروط التعليق الآتية، فإذا حصل الشرط المعلق عليه الطلاق حصل الطلاق دون اشتراط الفور إلا أن ينويه، وإذا لم يحصل الشرط لم

---

(١) نهاية المحتاج للرملي ٦/٤١٢.

(٢) البيان للعمراني ١٠/١٥١.

(٣) روضة القضاة لابن السمناني ٣/٩٧٠.

(٤) الدر المختار ٣/٣٤١.

(٥) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٣/٣٥٠- ٣٥٢.

يقع الطلاق سواء في ذلك كون الشرط المعلق عليه من فعل الحالف أم المحلوف عليها، أو غيرهما، أو لم يكن من فعل أحد.

ثم ما دام لم يحصل الشرط المعلق عليه، فإن الزوج لا يمنع من قربان زوجته عند الجمهور، وقال مالك: يضرب له أجل الْمُولِي.

كما ذهب المالكية إلى أن الزوج إن علق طلاقها بأمر في زمن ماض ممتنع عقلا أو عادة أو شرعا حنث للحال، وإن علقه بأمر ماض واجب فعله عقلا أو شرعا أو عادة فلا حنث عليه، وإن علقه بأمر في زمن مستقبل، ففيه تفصيل: فإن كان محقق الوجود أو مظنون الوجود عقلا أو عادة أو شرعا لوجوبه نُجِّز للحال، كما إذا قال: هي طالق إن لم أمس السماء، أو هي طالق إن قمت، أو إن صليت.

وإن كان المعلق عليه مستحيلا أو نادرا أو مستبعدا عقلا أو عادة أو شرعا لحرمته لم يحنث كما لو قال: أنت طالق لو جمعت بين الضدين أو إن لمست السماء أو إن زنيت[١].

وذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم الجوزية إلى أن «الطلاق المعلق إن قصد الزوج بتعليقه على شيء وقوع الطلاق عند حصول المعلق عليه اعتبر طلاقا، وإن قصد بتعليق الطلاق الحنث والمنع أو تصديق خبر أو تكذيبه لم يقع الطلاق عند حصول المعلق عليه، وإنما يكون يمينا تجب فيها الكفارة»، وبهذا الرأي أخذت هيئة كبار العلماء بالمملكة السعودية.

وهذا ما أخـــذ بـه أيضًا القانون المصري المادة (٢٥)، والسوري المادة (٩٠)، ونص المادة «لا يقع الطلاق غير المنجز إذا لم يقصد به إلا الحث على

---

(١) انظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣٨٩/٢، ٣٩٦.

فعل شيء، أو المنع منه، أو استعمل استعمال القسم لتأكيد الإخبار لا غير»[١].

وخالف الظاهرية والإمامية الجمهور فذهبوا إلى أن تعليق الطلاق بالشرط أو بالصفة باطل لا يلزم منه شيء؛ لأن تعليق الطلاق بالشرط أو بالصفة ـ عندهم ـ ليس في كتاب الله تعالى ولا في سنة نبيه ﷺ، وما ليس كذلك فهو باطل.

ومثل تعليق الطلاق بالشرط والصفة اليمين به أيضا، سواء يمين بر أو حنث، فلا يقع بها طلاق لأن كل حلف بغير الله عز وجل معصية، وليس يمينا[٢].

وشروط صحة اعتبار تعليق الطلاق على شرط سبعة:

١- أن يكون الشرط المعلق عليه معدوما عند الطلاق وعلى خطر الوجود في المستقبل، فإذا كان الشرط موجودا عند التعليق، كما إذا قال لها: أنت طالق إن كان أبوك معنا الآن، وهو معهما فإنه طلاق صحيح منجز يقع للحال، وليس معلقا، أما أنه على خطر الوجود، فمعناه: أن يكون الشرط المعلق عليه ممكن الحصول في المستقبل، فإذا كان مستحيل الحصول لغا التعليق ولم يقع به شيء، لا في الحال ولا في المستقبل، كما إذا قال لها: إن عاد أبوك حيا - وهو ميت - في الحياة الدنيا فأنت طالق فإنه لغو وهذا مذهب الحنفية، وذهب المالكية إلى وقوعه منجزا، وللحنابلة فيه قولان[٣].

٢ - أن يكون التعليق متصلا بالكلام، فإذا فصل عنه بسكوت، أو بكلام

(١) انظر: مجلة البحوث العلمية ٣/١٠٠، الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي ٩/٤٢٤.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٩/٤٧٧، شرائع الإسلام للحلي ٣/١٠.

(٣) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٣/٣٤٢-٣٤٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٣٧٠، مغني المحتاج ٣/٢٩٢.

أجنبي، أو كلام غير مفيد، لغا التعليق ووقع الطلاق منجزا، كما لو قال لها: أنت طالق وسكت برهة ثم قال: إن دخلت دار فلان أو قال لها: أنت طالق ثم قال لها: أعطني ماء ثم قال: إن لم تدخلي دار فلان إلا أنه يغتفر الفاصل الضروري، كما إذا قال لها: أنت طالق ثم تنفس لضرورة ثم قال: إن دخلت دار فلان، فإنه معلق لا يقع إلا بدخولها الدار المحلوف عليها وكذلك: إساغة اللقمة أو كلمة مفيدة كأن يقول لها: أنت طالق بائنا إن دخلت دار فلان، فإنه معلق ويقع به بائنا عند الدخول فإن قال لها: أنت طالق رجعيا إن دخلت دار فلان، لغا التعليق ووقع الرجعي منجزا؛ لأن كلمة «رجعيا» لم تفد شيئا، فكانت قاطعا للتعليق، بخلاف كلمة «بائن» فإنها أفادت، فلم تكن قاطعا وهذا المثال وفق مذهب الحنفية الذين يوقعون بكلمة «بائن» طلاقا بائنا[١].

٣ - أن لا يقصد به المجازاة، فإذا قصد به المجازاة، وقع منجزا ولم يتعلق بالشرط[٢].

٤ - أن يذكر المشروط في التعليق، وهو المعلق عليه، فلو لم يذكر شيئا، كما إذا قال لها: أنت طالق إن، فإنه لغو في الراجح لدى الحنفية، وهو قول أبي يوسف، وقال محمد بن الحسن: تطلق للحال[٣].

٥ - وجود رابط، وهو أداة من أدوات الشرط ـ وقد تقدمت ـ إلا أن يفهم الشرط من المعنى، فإنه يتعلق بدون رابط، كما إذا قال لها:

---

(١) انظر: الدر المختار ٣/٣٦٦- ٣٦٧، مغني المحتاج ٣/٣٣٤، المغني لابن قدامة ٧/٢٤٠، ٢٩٤.
(٢) انظر: الدر المختار ٣/٣٤٣، مغني المحتاج ٣/٣٣٤.
(٣) انظر: الدر المختار ٣/٣٤٤.

علي الطلاق سأذهب إلى فلان، فإنه تعليق صحيح مع عدم الرابط[1].

٦ - قيام الزوجية بين الحالف والمحلوف عليها عند التعليق حقيقة أو حكما، بأن تكون زوجته أو معتدته من رجعي أو بائن، فإذا لم تكن زوجته عند التعليق ولا معتدته، لغا التعليق ولم يقع عليها به شيء، كما إذا قال لأجنبية عنه: أنت طالق إن دخلت دار فلان، فإنه لغو[2].

٧ - كون الزوج أهلا لإيقاع الطلاق عند التعليق، بأن يكون بالغا عاقلا عند الجمهور، خلافا للحنابلة ولا يشترط كونه كذلك عند حصول الشرط المعلق عليه، فلو قال لها الزوج عاقلا: إن دخلت دار فلان فأنت طالق، ثم جُنَّ، ثم دخلت الدار المحلوف عليها، فإنها تطلق كما لو دخلتْها قبل جنونه، بخلاف ما لو علق طلاقها وهو مجنون، فإنه لغو[3].

ومثل الطلاق المعلق بالشرط في وقوعه بعد تحقق الشرط، الطلاق المعلق بشرطين، فـ «إذا علق الطلاق بشرطين لم يقع قبل وجودهما جميعا»[4]، كما لو قال رجل لزوجتيه: إن حضتما فأنتما طالقتان، فقالتا: حضنا، فصدقهما، طلقتا، وإن كذبهما لم تطلق واحدة منهما؛ لأن طلاق كل واحدة منهما معلق بشرطين: حيضها، وحيض ضرَّتها، ولا يقبل قول ضرتها عليها، فلم يوجد

---

(١) انظر: المرجع السابق ٣/٣٤٤.

(٢) انظر: الدر المختار ٣/٣٤٤، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣٧٠- ٣٧٦، حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٤/٣٢، مغني المحتاج ٣/٣٩٢.

(٣) انظر: الدر المختار ٣/٣٤٨، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٣٦٥، مغني المحتاج ٣/٢٧٩.

(٤) المغني لابن قدامة ٧/٣٤٦.

الشرطان[1]، وكما لو قال رجل لامرأته: إن أعطيتني درهمين فأنت طالق، أو قال: إن مضى شهران فأنت طالق، فلا تطلق إلا بحصول الدرهمين معا، أو مضي الشهرين كذلك؛ لأنه علق الطلاق بشرطين، وأصول الشرع تشهد بأن المعلق بشرطين لا يثبت إلا بهما[2].

أدلة الضابط :

١- عن ابن عمر قال: طلق رجل امرأته ألبتة إن خرجت، فقال ابن عمر: إن خرجت فقد بانت منه، وإن لم تخرج فليس بشيء[3].

مفاد الخبر أن الطلاق المعلق بالشرط واقع عند تحقق الشرط المعلق عليه لا قبله.

٢- الطلاق حق ملك الزوج، فله أن ينجزه ويؤجله، وأن يعلقه بشرط كما يتصرف المالك في ملكه[4]، فإذا علقه بالشرط كان واقعا عند تحقق ذلك الشرط.

٣- لأن اليمين مقتضاها المنع مما حلف عليه، فيقتضي المنع من فعل جميعه، لنهي الشارع عن شيء يقتضي المنع من كل جزء منه، كما يقتضي المنع من جملته وما علق على شرط جعل جزاء وحكما له، والجزاء لا يوجد بدون شرطه، والحكم لا يتحقق قبل تمام شرطه لغة وعرفا وشرعا[5].

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٣٤٧/٧، كشاف القناع للبهوتي ٢٩٤/٥.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٣٤٦.

(٣) علقه البخاري في صحيحه ٤٥/٧.

(٤) فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٣٨٧/٩ (اليمين فيما لا يملك).

(٥) المغني لابن قدامة ٣٧٦/٧.

تطبيقات الضابط :

١- لو قال لزوجته: إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت الدار، فإنه يقع الطلاق بذلك وينحل الشرط إذا كان ذلك بغير «كلما»، لأنه لو كان الشرط بـ «كلما» اقتضى التكرار، فلا ينحل الشرط بوقوعه مرة واحدة، فإذا قال: كلما دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت طلقت، فإذا راجعها ثم دخلت، طلقت الثانية، ثم كذلك حتى تبين منه بالثالثة، لأن «كلما» للتكرار بخلاف سائر أدوات الشرط[1] لأن الطلاق المعلق بشرط كالموقع بعد الشرط.

٢- لو قال لامرأته: أنت طالق إن شئت، فهذا وقوله: أنت طالق إن دخلت الدار أو إن كلمت فلانا سواء من حيث إنه يقف وقوع الطلاق على مشيئتها كما يقف على دخولها وكلامها إلا أن ذلك تعليق بالشرط، وهذا تمليك كقوله: أمرك بيدك واختاري ولهذا اقتصر على المجلس[2].

٣- إذا علق الطلاق على أمر محتمل غير غالب الوقوع وكان مثبتا كقوله أنت طالق يوم قدوم زيد فإنه ينتظر قدومه، فإذا قدم زيد نهارا، فإنه يتبين وقوع ذلك الطلاق من أول ذلك اليوم، وعليه لو كانت عند طلوع الفجر طاهرا وحاضت وقت مجيئه لم يكن مطلقا في الحيض، وعليها أيضًا أن تحسب هذا اليوم من عدتها إذ لم يقع الطلاق في أثناء اليوم المقتضي للإلغاء[3].

---

(١) انظر: التاج الذهب للعنسي الصنعاني ٢/٢-٧- ٢٠٨.

(٢) المرجع السابق ٢/٢٦٥.

(٣) حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٤/٦٠- ٦١.

٤- من فعل شيئا ونسيه وعلق وقوع الطلاق على فعله، ثم تبين أنه فعله وصدق على فعله، وادعى أنه نسيه فإنه يقع عليه الطلاق المعلق بذلك الفعل[١] لأن الطلاق المعلق بشرط كالموقع بعده.

٥- إذا علق طلاق امرأته بصفة ثم أبانها بخلع أو طلاق، ثم عاد فتزوجها، ووجدت تلك الصفة طلُقت عليه، مثاله إذا قال لامرأته: إن كلمت أباك فأنت طالق، ثم أبانها بخلع ثم تزوجها فكلمت أباها، فإنها تطلق نص عليه أحمد[٢] لأن الطلاق المعلق بشرط كالموقع بعده.

٦- إذا علق طلاق امرأته على شرط مستقبل ثم قال: عجلت لك تلك الطلقة، لم تتعجل؛ لأنها معلقة بزمن مستقبل، فلم يكن له إلى تغييرها سبيل وإن أراد تعجيل طلاق سوى تلك الطلقة وقعت بها طلقة، فإذا جاء الزمن الذي علق الطلاق بِهِ، وهي في حباله، وقع بها الطلاق المعلق[٣] لأن الطلاق المعلق بشرط كالموقع بعد الشرط.

٧- لو علق رجل طلاق زوجته على فوز في امتحان، أو على نيل شهادة جامعية، أو على فوز فريق رياضي، أو على ركوب طائرة أو سيارة، أو غير ذلك، فإن حصل ما علق عليه الطلاق وقع الطلاق لا محالة عند الجمهور قياسا على ما سبق؛ لأن الطلاق المعلق بشرط كالموقع بعد الشرط.

---

(١) انظر: فتاوى الرملي ٣/٢٧١.

(٢) المغني لابن قدامة ٧/٣٢٥.

(٣) المرجع السابق ٧/٣٢٧.

استثناءات من الضابط :

الاستثناء الشرعي : وهو التعليق على مشيئة الله تعالى مبطل للطلاق المعلق على شرط، ولو حصل الشرط هذا عند الحنفية والشافعية إذا استوفى شروطه؛ وذلك للشك فيما يشاؤه سبحانه[1].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: الدر المختار ٣/٣٦٦- ٣٦٨، مغني المحتاج ٣/٣٠٢.
وخالف المالكية والحنابلة، وقالوا: لا يبطل الطلاق به، بل يقع القوانين الفقهية لابن جزي ص٢٤٣، المغني ٧/٤٠٢- ٤٠٣.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥١٩

نص الضابط: كلُّ فُرقةٍ جاءَتْ مِنْ قِبَلِ المرْأَةِ لا بِسببٍ منَ الزَّوْجِ فهي فسْخٌ، وكلُّ فُرقةٍ جاءَتْ مِنْ قِبَلِ الزَّوْجِ فهي طَلاقٌ[1].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل فرقة جاءت من قبل المرأة فهي فرقة بغير طلاق، وكل فرقة جاءت من قبل الزوج فهي طلاق[2].

٢- الأصل أن الفرقة إذا حصلت بسبب من جهة الزوج مختص بالنكاح أن تكون فرقة بطلاق[3].

٣- كل فرقة جاءت من قبل المرأة لا سبب من الزوج فهي فسخ[4].

---

(١) الفتاوى الهندية للشيخ نظام، وجماعة من علماء الهند ١/٢٨٦، وتقريرات البحراوي ١/١٦٧/ب، والتحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٢/١٠٢.
وانظر: غمز عيون البصائر للحموي ٢/١٠٤.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٣/١٣٠.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٥٢٧.

(٤) إبراز الضمائر للأزميري ١/١٨٦/ب.
وانظر: الحجة للشيباني ٤/٢٠، والبناية ٤/٧٦٢.

صيغ ذات علاقة :

١- كل موضع حكمنا فيه بالفرقة بين الزوجين فذاك فسخ لا طلاق[١]. (بيان).

٢- الأصل في الفرقة هو فرقة الطلاق[٢]. (أخص).

٣- الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ[٣]. (أخص).

٤- الخلع طلاق أو فسخ[٤]. (أخص).

شرح الضابط :

فائدة هذا الضابط تبرز فيما يترتب على انقطاع العلاقة بين الزوجين؛ فهو يبحث في الأثر المترتب على الفرقة الحاصلة بين الزوجين بأي سبب كانت هذه الفرقة.

والفُرْقة - بضم الفاء - بمعنى الافتراق والمباينة[٥]، وهي في اصطلاح الفقهاء لا تخرج عن المعنى اللغوي، فالفرقة في اصطلاح الفقهاء بمعنى انحلال رابطة الزواج، وانقطاع العلاقة بين الزوجين بسبب من الأسباب.

وهذه الفرقة تكون أحد نوعين؛ إما فرقة بطلاق، وإما فرقة بغير طلاق وهي فرقة الفسخ، ولكل واحد منهما حقيقته التي تميزه عن الآخر.

فحقيقة الطلاق توجب إنهاء الزواج وتقرير الحقوق الزوجية المترتبة عليه من عدة، وسكن، ونفقة، وهو لا يكون إلا في النكاح الصحيح، والطلاق أثر

---

(١) نواضر النظائر لابن الملقن ص١٨٠.

(٢) بدائع الصنائع ٢/٥٢٨.

(٣) فتح القدير للكمال لابن الهمام ٧/٤٥٤.

(٤) النوازل للوزاني ٤/٢٨٦، المنثور للزركشي ٣/٤٧، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٥) انظر: تاج العروس للزبيدي ٢٦/٢٩٨، المحكم لابن سيده ٦/٣٨٤.

من آثار عقد الزواج التي قررها الشارع، حتى لو عقدا الزواج واشترطا فيه ألا يطلق الزوج زوجته فإن هذا الشرط يكون لغوا؛ لأنه شرط فاسد؛ إذ هو مناف لمقتضى العقد.

وأما الفسخ فحقيقته أنه عارض يمنع بقاء النكاح كردة أحد الزوجين عن الإسلام أو يكون تداركا لأمر اقترن بالإنشاء جعل العقد غير لازم كالفسخ بخيار البلوغ(١).

فمن الحالات التي تكون الفرقة فيها فسخا(٢):

١- الزوجان الكافران إذا أسلم أحدهما، ولها حالتان:

أ- أن يكون الزوجان كتابيين فيسلم الزوج، فالنكاح بحاله؛ لأن المرأة الكتابية محل لنكاح المسلم ابتداء فكذا بقاء، فإن أسلمت المرأة وبقي الزوج على دينه فلا تقع الفرقة بنفس الإسلام، ولكن يعرض الإسلام على زوجها، فإن أسلم بقيا على النكاح، وإن أبى الإسلام فرق القاضي بينهما؛ لأنه لا يجوز أن تكون المسلمة تحت نكاح الكافر، ولهذا لم يجز نكاح الكافر المسلمة ابتداء فكذا في البقاء عليه.

ب- أن يكون الزوجان مشركين أو مجوسيين، فأسلم أحد الزوجين، فإنه يعرض الإسلام على الآخر، ولا تقع الفرقة بنفس الإسلام، فإن أسلم الآخر بقيا على النكاح، وإن أبى الإسلام فرق القاضي بينهما؛ لأن المشركة لا تصلح لنكاح المسلم، غير أن الإباء عن الإسلام إن كان من المرأة فإن الفرقة بين الزوجين تكون فسخا؛ لأن الفرقة جاءت من قبل المرأة - وهو رفضها للدخول

---

(١) انظر: الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص٢٧٧ .

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٣/٢١، بدائع الصنائع ٢/٣٣٦-٣٤٠، حاشية رد المحتار لابن عابدين ٢/٥٧١، الإنصاف للمرداوي ٨/٢٧٩.

في الإسلام - والفرقة من قبل المرأة لا تصلح طلاقا؛ لأنها لا تلي الطلاق فتكون فسخا، وإن كان الإباء عن الإسلام من الزوج يكون فرقة بطلاق في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكون فرقة بغير طلاق[١].

٢- ردة أحد الزوجين عن الإسلام، وعللوا ذلك بأن الردة بمنزلة الموت؛ لأنها سبب مفض إليه، والميت لا يكون محلا للنكاح، ولهذا لم يجز نكاح المرتد لأحد في الابتداء فكذا في حال البقاء؛ ولأنه لا عصمة مع الردة، وملك النكاح لا يبقى مع زوال العصمة، غير أن ردة المرأة تكون فرقة بغير طلاق بلا خلاف في المذهب الحنفي، وأما ردة الرجل فهي فسخ في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد فرقة بطلاق[٢].

٣- اختيار الفرقة من الزوج الصغير أو الزوجة الصغيرة بعد أن يصلا إلى حد البلوغ، وهذه الفرقة لا تقع إلا بتفريق القاضي، وتكون فسخا حتى لو كان الزوج لم يدخل بالصغيرة[٣].

وما عدا ذلك من أنواع الفُرَق التي تكون من قبل الزوج أو بسبب منه فإنها تكون طلاقا عند الحنفية، وعليه فإن ضابط ما يتميز به الفسخ عن الطلاق: هو أن كل فرقة جاءت من قبل المرأة لا بسبب من قبل الزوج فهي تكون فسخا كالردة من جهة المرأة وخيار البلوغ وعدم الكفاءة، وكل فرقة جاءت من قبل الزوج فهي طلاق كالإيلاء والجب والعُنَّة[٤] كما أن الفرقة إذا وقعت من قبل الزوج بمباح أو محظور تستحق الزوجة النفقة والسكنى[٥].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٣٣٦- ٣٣٧

(٢) انظر: الحجة للشيباني ٣/٥٠٤، ٥٠٥، بدائع الصنائع ٢/٣٣٧.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٣/٧٠.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي٥/٤٧، البحر الرائق٣/١٣٠، بدائع الصنائع٢/٣٣٦، فتح القدير٣/٢١.

(٥) انظر: فتاوى قاضيخان ١/٤٤١.

وتتجلى مكانة الضابط فيما يترتب على القول به من آثار، ويمكن إبراز ذلك في النقاط التالية:

١- إن قلنا: إن الفرقة الحاصلة بين الزوجين فسخٌ فإن هذا يترتب عليه أنه لا ينقص عدد الطلقات التي يملكها الرجل، وأما إن قلنا بأنها طلاقٌ، فإنها تنقص بها عدد الطلقات.

٢- فرقة الفسخ لا يقع في عدتها طلاق، إلا إذا كانت بسبب الردة أو الإباء عن الإسلام، فيقع فيهما عند الحنفية طلاق؛ زجرا وعقوبة، أما عدة الطلاق فيقع فيها طلاق آخر، ويستمر فيها كثير من أحكام الزواج[١].

٣- الفسخ قبل الدخول لا يوجب للمرأة شيئا من المهر، أما الطلاق قبل الدخول فيوجب نصف المهر المسمى، فإن لم يكن المهر مسمى استحقت المرأة المتعة[٢].

أدلة الضابط:

استدل القائلون بهذا الضابط بأن الطلاق إنما يكون ممن يكون في يده الطلاق؛ لقوله ﷺ: «إنما الطلاق لمن أخذ بالساق»[٣] فكل فرقة جاءت من قبل الزوج الذي في يده الطلاق فهو طلاق، ولما كانت المرأة ليس في يدها طلاق، فكل فرقة جاءت من قبلها ولم تأت من قبل الزوج فليست بطلاق[٤].

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٣/٣١٣، الفتاوى الأنقروية ١/٧٢.

(٢) انظر: الفقه الإسلامي وأدلته للدكتور وهبة الزحيلي.

(٣) رواه ابن ماجه في سننه ١/٦٧٢ (٢٠٨١) من حديث ابن عباس رضي الله عنهما.

(٤) انظر: الحجة للشيباني ٣/٥٠٦- ٥٠٧.

تطبيقات الضابط :

١- يرتفع النكاح باختيار المرأة نفسها إذا ثبت عيب الزوج بالجب أو العُنَّة أو الخصاء أو الخنوثة، وتكون هذه الفرقة طلاقًا؛ لأن سبب الفرقة جاء من جهة الرجل وإن كان طلب التفريق من جهة المرأة[(١)].

٢- الفرقة الحاصلة بين الزوجين بالإيلاء طلاق؛ لأنها بسبب من الزوج[(٢)].

٣- إن أسلم الرجل على أكثر من أربع نسوة، فإنه يجب عليه أن يفارق ما زاد على الأربع، وهذه الفرقة يترتب عليها ما يترتب على الطلاق، وبه قال الشافعية[(٣)].

٤- إن ارتد الزوج عن الإسلام فإنه يفرق بينه وبين زوجته، ويترتب على هذه الفرقة ما يترتب على الطلاق، وبه قال محمد بن الحسن والشافعية والحنابلة[(٤)].

٥- الفرقة الواقعة بالخلع بين الزوجين فسخ لا طلاق؛ لأنها من قبل المرأة، وبه قال الحنفية[(٥)].

٦- إذا وقعت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول وكانت بسبب من الزوج، فإن المهر يتنصف بها، وإذا وقعت الفرقة بين الزوجين قبل الدخول وكانت بسبب من الزوجة، فإن مهرها ومتعتها يسقطان بذلك، بهما قال الحنابلة[(٦)].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٥٢٧، شرح الأحكام للإبياني ١/٤٢١.
(٢) انظر: البحر الرائق ٣/١٣٠، بدائع الصنائع ٢/٣٣٦، فتح القدير ٣/٢١.
(٣) انظر: روضة الطالبين ٧/١٢٩٤.
(٤) انظر: روضة الطالبين ٧/١٢٩٤.
(٥) انظر: نيل الأوطار ٦/٢٩٤.
(٦) انظر: كشاف القناع ٥/١٤٩- ١٥٠.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٢٠

نص الضابط: الأصلُ في الطَّلاقِ أن يكونَ رجعيًّا[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الأصل في الطلاق هو الرجعي.

صيغ ذات علاقة :

١- كل طلاق بغير عوض، لا يقع إلا رجعيا[٢]. (متفرع).

٢- كل طلاقٍ يقع رجعيًّا إلا الـمُكمِّل للثلاث، والطلاق قبل الدخول، والطلاق على بدل، وما نُصَّ على كونه بائنا[٣]. (بيان مع استثناءات).

شرح الضابط :

موضوع هذا الضابط يتعلق بانقسام الطلاق إلى قسمين: طلاق رجعي، وطلاق بائن، وأن الأصل فيه هو النوع الأول أي الطلاق الرجعي، ومعنى ذلك

---

(١) انظر: النوازل الكبرى للوزاني ٤/٣٣، وانظر: المصدر نفسه ٤/٢٧ و٣٠، فتاوى ابن تيمية ١٩/٢٨٤.

(٢) فتاوى ابن تيمية ٣٣/١٥٥، وفي الحاوي للماوردي ١٣/١٦١ "وقوع الطلاق إذا تجرّد عن عددٍ وعوضٍ، كان رجعيا في المدخول بها".

(٣) انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٢٩١.

أنه إذا حدث تردّدٌ في نوع الطلاق الواقع على الزوجة المدخول بها، هل هو رجعي أو بائن، فالترجيح يكون للطلاق الرجعي إعمالاً لهذا الضابط.

أما مفهوم كل من الطلاق الرجعي والطلاق البائن فهو أن:

الطلاق الرجعي: لا يرتفع فيه النكاح بمجرد صدور ما يدل عليه، بل لا يرتفع إلا بانتهاء عدّة المطلَّقة، أما في أثناء العدّة فعقد الزوجية باقٍ بين الزوجين، ويحق للزوج أن يُراجع زوجته بما يدل على المعاشرة الزوجية بينهما قولاً أو فعلاً بدون حاجة إلى إنشاء عقد النكاح من جديد، سواء رضِيَتْ الزوجة بالمراجعة أم لم تَرْضَ، ولكن تُحتَسب الطلقة الواقعة من الطلقات الثلاث التي يملكها الرجل على زوجته، فيكون الباقي له من نصاب الطلقات الثلاث ما عدا هذه الطلقة، فإن كانت هذه الطلقةُ طلقةً رجعيةً أُولى فقد صار يملك بعد ذلك: طلقتين اثنتين وإن كانت هذه الطلقةُ، رجعيةً ثانية، فقد صار يملك واحدةً أما إن كان الزوج قد أَوقَعَ قبل هذه الطلقة، طلقتين اثنتين، ثم وقعت هذه الطلقة الرجعية، فيكون الزوجُ قد استَوفى بهذه الطلقة نصاب الطلقات الثلاث، وتصير هذه الطلقة هي الثالثة فتقع بها البينونة الكبرى بينه وبين زوجته ولا تَحِلّ له إلا بعد أن يتزوجها شخص آخر مع الدخول بها ويطلِّقها، وحينئذ يمكن للزوج الأول أن يعود إلى هذه المرأة باستئناف النكاح عليها من جديد[1].

أما الطلاق البائن: فبمجرّد وقوعه يرفع النكاح في الحال، فلا تَحِلّ المطلَّقة لزوجها ولا يَحِلّ له أن يعاشرها معاشرة الأزواج ولو في أثناء العدّة، بل لا تعود هذه المرأة إلى زوجية هذا المطلِّق مرة أخرى إلا بعد انتهاء العدّة بعقدٍ ومهرٍ جديدَيْن[2].

---

(١) انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٢٧٩ و٣١٣، الأحوال الشخصية للغندور ص ٣٨٥، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٢٩٥.

(٢) انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٢٧٩.

وإذا انتهت العِدّة في الطلاق الرجعي من غير أن يُراجع الزوجُ زوجتَه في أثناء العدّة، صار الطلاق بائنًا أيضًا[١].

والضابط يُعبِّر عن رأي مذهب المالكية والشافعية والظاهرية والإباضية[٢] وهو ما اعتمدتْه بعض قوانين الأحوال الشخصية[٣]، وجرى به القضاء في بعض المحاكم[٤].

ويتّفق مذهب الحنفية في الجملة مع رأي القائلين بهذا الضابط، فالأصل عندهم أيضًا في الطلاق أن يكون رجعيا لكن إذا كان الطلاق بلفظ يَحتمل أن يكون رجعيا وبائنًا، فإنه يَحِقّ للمطلِّق عندئذ أن يعطيه وصف (البينونة) هذا رأي الحنفية[٥].

---

(١) انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣١٣.

(٢) انظر: النوازل الكبرى ٤/٣٣ والنُّتف في الفتاوى للسُّغدي ١/٣٢٦ وقد جاء فيه نقلا عن الشافعي: "كل طلاق رجعي إلا أربعة"، المحلى ١٠/٢١٦ و٢٤٠ وفيه يقول ابن حزم: "ولا يكون طلاقًا بائنًا أبدًا إلا في موضعين لا ثالث لهما: أحدهما طلاق غير الموطوءة، والثاني: طلاق الثلاث مجموعة أو مفرّقة، وأما ما عدا هذين فلا أصلاً" ويقول أيضًا: "وما وجدنا قط في دين الإسلام عن الله تعالى ولا عن رسوله ﷺ طلاقا بائنا لا رجعة فيه إلا الثلاث مجموعة أو مفرّقة، أو إلا التي لم يطأها، ولا مزيد، وما عدا ذلك فآراء لا حجة فيها" وانظر أيضًا: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٣٠٧، الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣١١، الأحوال الشخصية للغندور ص ٣٨٣ و٣٩٠ و٦٤٩ وانظر لمذهب الإباضية: شرح النيل لأطفيش ٦/٣٠٠.

(٣) مثل:
- قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩/م ٥ انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٩٢٢، الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣١١.
- مشروع القانون العربي الموحد للأحوال الشخصية، انظر: في كتاب أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ١٠١٤.
- مشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت م/٧٨ انظر: الأحوال الشخصية للغندور ص ٥٩٦.

(٤) انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٢٩٠.

(٥) انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣١١.

وتحرير محل الخلاف بين الحنفية وغيرهم ينبني على أن وصف الطلاق بأنه رجعي أو بائن، هل هو من حق الشارع، أم من حق المطلِّق؟

فالحنفية يرون أن هذا من حقّ المطلِّق، فله أن يجعل الطلاق رجعيا أو بائنا، فإن وَصَفَه بالبينونة كان بائنا، وإلا كان رجعيا عملاً بالأصل.

أما الآخرون فيرون أن هذا من حقّ الشارع، فما وَصَفَه الشارع بأنه بائن فهو بائن، وما لم يصفْه بذلك فهو رجعي عملاً أيضًا بالأصل، ولا يحق للمطلِّق أن يجعله بائنا[1] وبناء على رأي هؤلاء فإن الحالات التي يقع فيها الطلاق بائنًا، تُعتبر مستثنيات لهذا الضابط.

ويتلخص مما سبق - بناء على رأي القائلين بهذا الضابط: أن كل طلاق يقع على الزوجة المدخول بها، فهو رجعي إلا ما استُثني منه.

أدلة الضابط:

١- قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

أي أن الطلاق الذي شرعه الله يكون مرة بعد مرة، وأنه يجوز للزوج أن يُمسك زوجته بعد الطلقة الأولى بالمعروف، كما يجوز له ذلك بعد الطلقة الثانية، والإمساك بالمعروف معناه: مراجعتُها وردُّها إلى النكاح ومعاشرتها بالحُسنى، ولا يكون له هذا الحق إلا إذا كان الطلاق رجعيا[2].

---

(١) انظر: الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣١١.

(٢) فقه السنة ٢/٢٧٢.

٢- قال تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا﴾[البقرة: ٢٢٨]، وذلك بعد قوله: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾.

فقد أعطى الله سبحانه وتعالى الحق للزوج بعد أن طلَّق زوجته في أن يُراجعها لأن قوله: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ﴾ معناه: أن الزوج أولى بردّ زوجته إلى عصمته في أثناء العدّة في كل طلاق إلا ما استُثني منه، ولا يكون الزوجُ أحقَّ وأولى بذلك إلا إذا كان النكاح باقيا فدلّ على بقاء النكاح، وهو ما يدلّ عليه أيضًا تسميةُ الزوج هنا (بعلاً)، أي أنه ما يزال زوجًا لهذه المطلَّقة الرجعية، وهذا هو معنى كون الطلاق رجعيا، حيث إن النكاح يبقى فيه ما دامت المرأة في العدّة، فيحق للزوج أن يراجعها في أثناء العدّة(١).

٣- قال تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ ثم قال في آخر الآية: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١].

قال غير واحد من الصحابة والتابعين والعلماء: هذا يدل على أن الطلاق الذي ذكره الله هو الطلاق الرجعي، ولهذا قال تعالى أيضًا بعد ذلك: ﴿ فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ ﴾ [الطلاق: ٢]، وهذا إنما يكون في الطلاق الرجعي ولا يكون في الثلاث ولا في البائن(٢).

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ١٩٧/٢، فتح الوهاب ١٣٤/٢، الأحوال الشخصية للغندور ص٣٨١، الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣١١.

(٢) انظر: فتاوى ابن تيمية ٣٣/٣٣.

تطبيقات الضابط :

١- إذا قال لزوجته المدخول بها: أنتِ طالق، أو مطلَّقة، أو طلَّقتُكِ، ونحوها من الألفاظ الصريحة في الطلاق، لم تقع إلا طلقةٌ واحدةٌ رجعيةٌ سواءٌ نواها رجعية أو بائنة أولم يَنْوِ شيئا، لأن هذا هو ظاهر المراد من هذه الألفاظ فيتعلّق الحكم بعينها دون الالتفات إلى النية، وأما نيتُه بكونها طلقة بائنة فتلغُو لأنه يقصد بذلك إنهاء النكاح فوراً وهو خلاف مُراد الشارع من إبقاء النكاح إلى انتهاء العدّة في التطليق بهذه الألفاظ، لأن الطلاق الواقع بها رجعي فيبقى النكاح فيها إلى نهاية العدّة[1].

٢- لو قال لزوجته المدخول بها: أنتِ طالق طلقةً بائنة، فهي طلقة رجعية عند بعض أهل العلم[2].

٣- إذا قال لزوجته المدخول بها:

أنتِ طالقٌ، أنتِ طالق، أنتِ طالق (أي كرّر هذا اللفظ ثلاث مرات في مجلس واحد).

أو قال: أنتِ طالقٌ ثلاثًا (أي جَمَع الطلقات الثلاث وتلفّظ بها في عبارة واحدة).

أو قال: أنتِ طالق (وأشار بأصابعه الثلاث مرفوعة).

فقد وقع خلاف بين العلماء في حكم هذه الصور، هل تقع بها ثلاث طلقات فعلاً، أم تقع طلقة واحدة؟ وقد اتجه جماعة من أهل العلم وكذلك بعض هيئات الإفتاء المعاصرة إلى أنها طلقة واحدة رجعية

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٢/١٩٧، ومرشد الحيران م/٢٢٧.

(٢) انظر: فتاوى ابن تيمية ٣٣/١٥٥.

عملاً بالأصل المعبّر عنه بهذا الضابط محل البحث[(١)].

٤- الطلاق الذي تُوقعه المحكمة بناء على طلب الزوجة بسبب عدم إنفاق الزوج عليها، يقع رجعيا[(٢)]، وكأنَّ ذلك عملٌ بهذا الضابط، وإلا فالمقرر (أن كل طلاق من القاضي بناء على طلب الزوجة يكون بائنا)[(٣)].

استثناءات من الضابط :

١- الطلاق قبل الدخول بالزوجة، طلاقٌ بائنٌ[(٤)].

وجه الاستثناء : أن الطلاق قبل الدخول يكون طلاقًا من غير وجوب عدّة على المرأة لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا فَمَتِّعُوهُنَّ وَسَرِّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾[(٥)] [الأحزاب: ٤٩].

---

(١) رُوي هذا القول عن علي بن أبي طالب وأبي موسى الأشعري رضي الله عنهما، وإليه ذهب بعض أهل الظاهر، وحُكي عن بعض التابعين، ونُقلت الفتوى بذلك عن جماعة من أهل قرطبة، وأفتى به من المتأخرين ابنُ تيمية وابنُ القيم انظر: فتاوى ابن تيمية ٣٣/٨، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٢٨٦، الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣٠٦-٣٠٧، فتاوى الأزهر ١٥/٢ و٤٩، الأحوال الشخصية للغندور ص ٦٤٧-٦٤٨.
أما مذهب الجمهور ومنهم أئمة المذاهب الأربعة فهو أن الطلاق الثلاث بلفظ الثلاث، يكون ثلاثا انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٢٨٦، الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣٠٥-٣٠٦، الأحوال الشخصية للغندور ص ٦٤٧-٦٤٨.

(٢) انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٩١٨ (قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠/م ٦) والمصدر نفسه ص ٣٩٩، الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣٤٨، الأحوال الشخصية للغندور ص ٦٠١ (مشروع قانون الأحوال الشخصية للقضاء في الكويت م/١١٠) والشرح الكبير للدردير ٥١٨/٢، الكافي لابن قدامة ٣٦٧/٣، الفقه على المذاهب الأربعة ٢٨٢/٤.

(٣) انظر: الأحوال الشخصية للغندور ص ٣٨٤.

(٤) قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩/م ٥.

(٥) انظر: تفسير القرطبي ٢٠٢/١٤.

فإذا كانت المرأة لا عدّةَ عليها فلا يمكن مراجعتها، والثمرة الأولى لـ(الطلاق الرجعي) تظهر في قدرة الزوج على المراجعة في أثناء العدّة من غير إنشاء عقد جديد، فإذا لم توجد العدّة فلا يوجد طلاق رجعي، بل يكون بائناً[١].

وقد يقع الطلاق قبل الدخول لكن بعد حدوث خلوة صحيحة بالزوجة، فيكون طلاقًا بائنًا أيضًا لأنه يُعتبر طلاقًا قبل الدخول الحقيقي مطلقًا، وإن كانت تجب في هذه الصورة عدّة على المرأة للاحتياط وليس لحق جواز المراجعة[٢].

٢- الطلاق نظير الإبراء من مؤخّر الصّداق أونفقة العدّة، طلاق بائن[٣].

وجه الاستثناء : أنه صورة من صور الطلاق على مالٍ، والطلاق على مالٍ هو من أجل أن تفتدي المرأةُ نفسها وتُخلِّص عصمتها من قيد الزوجية، ولا يتم لها هذا المراد إلا إذا كان الخلاص على سبيل البينونة لا على سبيل الرجعة، إذ إن ثبوت حق الرجعة حينئذ يقضي على معنى هذا الافتداء والغرض المقصود منه في حق الزوجة[٤].

د . محمد يحيى بلال منيار

* * *

---

(١) الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣٠٩.
(٢) الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣٠٩ و٣١٢.
(٣) أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٢٩١.
(٤) الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣٠٩.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٢١

نص الضابط: الرِّجْعيَّـةُ كالزَّوْجةِ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الأصل بقاء أحكام الزواج في عدة الطلاق الرجعي[٢].

٢- الرجعية زوجة في أكثر الأحكام[٣].

٣- الرجعية حكمها حكم الزوجات في جميع أمورها[٤].

٤- الرجعية باقية على الزوجية[٥].

٥- الرجعي لا يقطع النكاح والبائن يقطعه[٦].

٦- المطلقة رجعيا بمنزلة الزوجة[٧].

---

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٤٠٧، حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٢/٦١٥، حاشية العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٤/٧١، فتح العلي المالك لعليش ٢/٢٣-٢٤، نهاية المحتاج للرملي ٨/١٩٣، وانظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٥٤، الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/٣٢٠، المحلى بالآثار لابن حزم ١٠/١٦.

(٢) انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم بك ص ٥٥.

(٣) نهاية المحتاج ٧/١٣١، حاشية الجمل ٤/٤٤٤، وانظر: البجيرمي على الخطيب ٣/٤٤٩.

(٤) عمدة القاري للعيني ٢٠/٤٩٣.

(٥) الكافي لابن قدامة ٣/٣٢٦، ٣٥٧.

(٦) حاشية الشلبي على تبيين الحقائق ٧/٤١٢.

(٧) الروضة البهية للجبعي، الفصل الثالث في المحرمات بالنسب، المسألة الثامنة.

شرح الضابط :

الضابط هنا يتناول الطلاق الرجعي، وما يترتب عليه من أحكام الزواج.

والرجعي من الرَّجْعَةِ، وهي: لغة: المرة من الرجوع، قال تعالى: ﴿إِنَّ إِلَىٰ رَبِّكَ ٱلرُّجْعَىٰٓ﴾ [العلق: ٨] أي الرجوع، قال ابن السِّكِّيتِ: هو ضد الذهاب.

ومن معاني الرجعة أيضًا: مراجعة الرجل أهله، والمراجعة: المعاودة[١].

واصطلاحا: للفقهاء فيها عدة تعريفات، منها:

- إبقاء النكاح إلى ما كان ما دامت العدة[٢].
- رفع الزوج أو الحاكم حرمة المتعة بالزوجة لطلاقها[٣].
- الرد إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة[٤].
- إعادة مطلقة غير بائن إلى ما كانت عليه بغير عقد[٥].

والرجعية هي المطلقة التي يملك مطلقها رجعتها[٦] سواء راجع أو لم يراجع[٧].

ولا يكون الطلاق رجعيا ما لم تتوافر فيه ثلاثة شروط[٨]:

١- أن يقع بعد الدخول بالمرأة.

---

(١) انظر: الصحاح والمصباح المنير ولسان العرب: مادة "رجع".
(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٢/٢٥١.
(٣) شرح حدود ابن عرفة باب الرجعة ص ١٩٩.
(٤) حاشيتا قليوبي وعميرة ٤/٣.
(٥) المبدع في شرح المقنع لابن المفلح ٧/٣٩٠.
(٦) الشرح الكبير للدردير ٢/٤٢٢.
(٧) شرائع الإسلام ٣/١٣.
(٨) التاج المذهب ٢/١٢٨-١٢٩.

٢- أن لا يكون على عوض كالخلع.

٣- أن لا يبلغ حدّ ثلاث تطليقات.

والمقصد الشرعي من الطلاق الرجعي حاجي، لأن الحاجة تمس إلى الرجعة؛ ذلك أن الإنسان قد يطلق امرأته، ثم يندم على ذلك، على ما أشار إليه الرب سبحانه وتعالى بقوله: ﴿لَا تَدْرِى لَعَلَّ ٱللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْرًا﴾ [الطلاق: ١]، فيحتاج إلى التدارك، فلو لم تثبت الرجعة لا يمكنه التدارك لما عسى أن لا توافقه المرأة في تجديد النكاح، ولا يمكنه الصبر عنها، فيقع في المحظور، لذا شرعت الرجعة للإصلاح بين الزوجين[١].

ثم حدد الشرع لتحقيق هذا المقصد ظرفا زمنيا كافيا «فجعل من أول العدة إلى آخرها وقتا لرد الزوج زوجته وإمساكه لها»[٢]، كي يقرر الزوج مصير العصمة إبقاء وإنهاء.

ومن الجدير بالذكر هنا أن الزوج لا يملك إسقاط الرجعة لأنها حق أثبته الله تعالى شرعا، وكل قصد ناقض قصد الشارع فهو باطل[٣]، كما أن اختيارات المكلف لا تأثير لها في الأسباب الشرعية[٤].

ويظهر بالتأمل: أن الطلاق الرجعي منزلة بين منزلتين هما: الزوجية، وعدمها؛ «إذ هو لا يمنع العصمة، وإنما يهيئها للقطع، فالعصمة باقية»[٥].

ولذا اختلفت نظرة الفقهاء في أحكام المطلقة الرجعية تبعا لبيان ماهية الرجعة:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/١٨١.

(٢) انظر: المحلى بالآثار لابن حزم ١٠/١٩.

(٣) الموافقات للشاطبي ١/٣٤٠.

(٤) المرجع السابق ١/٣٤٥.

(٥) مواهب الجليل للحطاب ٢/٣٧١.

فهي عند الحنفية: استدامة الملك القائم، ومنعه من الزوال، وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك[١].

وعند الشافعية: هي استدامة من وجه، وإنشاء من وجه، بناء على أن الملك عندهم قائم من وجه، زائل من وجه[٢].

وبناء على ذلك كانت من صيغ الضابط (الرجعية كالزوجة) وهي دقيقة جدا، إذ المشبه لا يقوى قوة المشبه به.

يوضح ذلك: أن الرجعية زوجة باعتبار أنها: لا صداق لها، ولا يشترط رضاها في الرجوع.

ولا تحتاج إلى ولي[٣]، وهذا محل اتفاق.

وهي غير زوجة في أمور، هي محل خلاف بين الفقهاء، منها:

١- الوطء، ومقدماته، من لمس، أو كلام مثير للشهوة، أو دخول، أو نظر... إلخ.

٢- الخلوة.

٣- السفر.

فمنهم من أجاز للرجل ذلك مطلقا، كالظاهرية والحنابلة والزيدية، ومنهم من أجازه مع الكراهة كالحنفية، ومنهم من حرمه مطلقا كالمالكية والشافعية.

وهذا محله ما لم تحصل الرجعة[٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨١/٣.

(٢) انظر: حاشية الجمل ٣٨٥/٤ ففيها ما نصه: "وهل هي ـ الرجعة ـ ابتداء نكاح أو استدامةٌ؟ بعض فروع الباب يقتضي الأول، وبعضها يقتضي الثاني، فهو مما لا يطلق فيه الترجيح".

(٣) انظر: بدائع الصنائع ١٨١/٣، مواهب الجليل ٣٧٢/٢.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ١٨١/٣، التاج والإكليل ٤٠٩/٥، مغني المحتاج ١٠/٥، المبدع شرح المقنع ٣٩٣/٧، المحلى بالآثار ١٦/١٠، تفسير اللباب لابن عادل ١٠١/٣، التاج المذهب ١٢٩/٢.

وتجدر الإشارة هنا إلى أن الطلاق الرجعي عند الزيدية: هو الذي لا يرفع عقد النكاح وإنما ينقص عدد الطلقات التي يترتب عليها نقصان الحل[(١)].

أما الإباضية فقالوا «والتي في عدة الطلاق الرجعي كغير المطلقة للزوم العدالة لها ومعها في غير الجماع»[(٢)].

وبناء على ما سبق من آراء الفقهاء يتبين أن الأصل ـ أي الحكم المستصحب ـ في الطلاق الرجعي هو اعتبار المطلقة الرجعية زوجة تتمتع بكامل الحقوق الزوجية التي تتمتع بها غير المطلقة إلا في أمور معدودة، بعضها متفق عليه، والبعض الآخر محل اختلاف بين الفقهاء.

وهذا ما عبرت عنه الصيغة الأخرى للضابط «الرجعية زوجة في أكثر الأحكام».

أدلة الضابط :

١- فقوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓا۟ إِصْلَٰحًا﴾ [البقرة:٢٢٨].

٢- قال تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ ۖ فَإِمْسَاكٌۢ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌۢ بِإِحْسَٰنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩].

٣- قال تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢].

وجه الاستدلال من هذه الآيات : أن «بعولتهن» في الآية الأولى وهم الزوج[(٣)] أحق بنكاحهن في العدة من غيرهم من الرجال[(٤)].

---

(١) انظر: التاج المذهب ٢/١٢٩.
(٢) شرح النيل ٦/٥٠٤.
(٣) انظر: تفسير الطبري ٤/٥٢٦، تفسير النيسابوري ٢/٥٧، تفسير البحر المحيط ٢/٣٩١، تفسير القرطبي ٣/١١٩.
(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٨٣.

وأما في الآيتين الأخيرتين فالوجه فيهما هو كلمة (الإمساك)، إذ حقيقته هنا: الشدُّ على الشيء بقوة، والإمساك بالمعروف: هو الرجعة، فسمى الرجعة إمساكا، كما سماها ردا[(١)].

كما أن «الأجل» في الآية الثالثة: يطلق عند العرب على المدة التي يمهل إليها الشخص في حدوث حادث معين[(٢)]، فإذا وطئ الرجعية، أو تمتع بها بلذة، صار ذلك حادثا، فكان رجعة عند الحنفية، على ما سبق بيانه.

٤- عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه «أن النبي ﷺ طلق حفصة ثم راجعها»[(٣)]، وعن أنس: «أن النبي ﷺ طلق حفصة تطليقة، فأتاه جبريل عليه الصلاة والسلام فقال: يا محمد، طلقت حفصة وهي صَوَّامة قَوَّامة، وهي زوجتك في الجنة فراجعها»[(٤)].

٥- عن عروة عن عائشة قالت: «كان الناس والرجل يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها، وهي امرأته إذا ارتجعها وهي في العدة وإن طلقها مائة مرة أو أكثر، حتى قال رجل لامرأته: والله لا أطلقك فتبيني مني ولا آويك أبدا، قالت: وكيف ذاك؟ قال: أطلقك فكلما هَمَّتْ[(٥)] عِدَّتُكِ أن تنقضي راجعتك، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها فسكتت عائشة حتى جاء النبي ﷺ فأخبرته، فسكت النبي ﷺ حتى

---

(١) انظر: التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور ٩٧/٨، بدائع الصنائع ١٨١/٣- ١٨٢.

(٢) انظر: التحرير والتنوير ٣٤٦/٢.

(٣) رواه أبو داود ١١٤/٣ (٢٢٧٧)، والنسائي ٢١٣/٦ (٣٥٦٠)، وفي الكبرى له ٣٢١/٥ (٥٧٢٣)، وابن ماجه ٦٥٠/١ (٢٠١٦)، والدارمي ٨٣/٢ (٢٢٦٩).

(٤) رواه الطبراني في الأوسط ١٣٢/١-١٣٣ (١٥١)، الحاكم في المستدرك ١٥/٤، قال الهيثمي في المجمع ٢٤٤/٩-٢٤٥: رواه الطبراني في الأوسط، وفيه جماعة لم أعرفهم.

(٥) همت: بتشديد الميم بمعنى أوشكت وقاربت انظر: تحفة الأحوذي ٣١٣/٤.

نزل القرآن: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾ قالت عائشة: «فاستأنف الناس الطلاق مستقبلا مَن كان طلق ومن لم يكن طلق»[١].

وجه الاستدلال من هذين الحديثين هو أن الرجعية تنزل منزلة الزوجة؛ لعدم ورود ذكر الصداق والولي، ورضا الزوجة في الحديثين عند مراجعتها.

٧- **الإجماع**: أجمع العلماء على أن من طلق زوجته وكانت مدخولا بها تطليقة أو تطليقتين فهو أحق برجعتها ما لم تنقض عدتها، وإن كرهت المرأة[٢]؛ ووجه ذلك أن المطلقة في حكم الزوجة؛ إذ لو لم تكن كذلك لكانت في حكم الأجنبية التي لا سبيل له عليها.

تطبيقات الضابط:

١- الرجعية يلحقها الطلاق، والإيلاء، والظهار، واللعان، ما دامت في العدة لأنها زوجة[٣].

٢- يجب على الزوج نفقة مطلقته الرجعية، وكسوتها[٤] لأنها في حكم الزوجة.

٣- لا يجوز نكاح المرأة في عدة أختها الرجعية، لحرمة الجمع بين

---

(١) رواه الترمذي ٤٩٧/٣ (١١٩٢)، والحاكم ٢٧٩/٣-٢٨٠ وقال صحيح الإسناد، ولم يتكلم أحد في يعقوب بن حميد بحجة، وتعقبه الذهبي فقال: قد ضعفه غير واحد.

(٢) انظر: تفسير القرطبي ١٢٠/٣.

(٣) انظر: درر الحكام ٣٨٨/١، العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٨٥/٤، مغني المحتاج ١٠/٥، المغني لابن قدامة ٥٥٤/١٠، المحلى بالآثار ١٦/١٠، شرائع الإسلام ١٤/٣.

(٤) انظر: مواهب الجليل ٣٧٢/٢، كشاف القناع ٣٤٣/٥، التاج المذهب ٢١٤/٢.

الأختين في ملك النكاح حيث إن الرجعية زوجة ما دامت في العدة[١].

٤- إذا طلق الصحيح امرأته طلقة واحدة رجعية أو اثنتين، فإنهما يتوارثان مدة دوام العدة لأن الرجعية كالزوجة[٢].

٥- إذا طلق رجل امرأته طلاقا رجعيا، وقبل انقضاء العدة راجعها ثم طلقها، أو مات عنها فإنها تستأنف العدة من يوم الطلاق الثاني، أو من يوم الموت، لأنها في حكم الزوجة[٣].

٦- لو حلف لا يبقي زوجته على عصمته، أو على ذمته، فطلقها طلاقا رجعيا، لم يبرَّ فيحنث بإبقائها على الطلاق الرجعي[٤].

٧- يصح الخلع من الرجعية، لأنها في حكم الزوجات في كثير من الأحكام[٥].

٨- لا يحل التعريض من الأجنبي بخطبة الرجعية؛ لأنها زوجة لغيره، فأشبهت ما قبل الطلاق[٦]، قال الشيخ أحمد إبراهيم بك: «إذا كانت المرأة في عدة الطلاق الرجعي فلا يجوز خطبتها بالإجماع لا تصريحا ولا تعريضا، وذلك لبقاء أحكام الزواج في عدة الطلاق الرجعي،

---

(١) انظر: العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٤/٨٥- ٨٦، مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/٧٢، التاج المذهب ٢/٢١٩.

(٢) انظر: الفواكه الدواني شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني للنفراوي ٢/٢٥٨، التاج المذهب ٢/٢١٤، شرح النيل ٦/٤٢٢، الروضة البهية: ميراث الأزواج.

(٣) انظر: العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٤/١٧٣، الكافي لابن قدامة ٣/٣١٠، شرائع الإسلام ٣/٢٧.

(٤) نهاية المحتاج ٨/١٩٣، حاشية الجمل ٥/٣٠٤.

(٥) انظر: نهاية المحتاج ٦/٣٩٨.

(٦) انظر: الكافي لابن قدامة ٣/٥١، شرح النيل ٦/٧٩.

فكأنها زوجة بالفعل، وخطبة مثل هذه ذريعة إلى الشقاق وما لا تحمد عقباه، لما فيها من التعدي على حق الغير»[١].

استثناءات من الضابط:

مما يلحظ هنا أن الاستثناءات الواردة في كتب الفقه غير متواطئة، نتيجة الخلاف بين المذاهب في حكم الرجعة، هل هي استصحاب واستدامة للنكاح السابق قبل الطلاق أو استدامة له من وجه وإنشاء من وجه آخر؟ على ما ذكر سابقا.

فيستثنى من الضابط على الرأي الأول ما يلي:

١- الرجعية لا يلحقها طلاق، لأن إلحاق طلاق ثان بالأول قبل الرجعة يكون بدعيا، وطلاق البدعة لا يقع، كما هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[٢].

٢- الرجعية لا يقسم لها بين الزوجات في المبيت[٣].

٣- حضانة الأم لطفلها تنقطع بزواجها من غير الأول، فإذا طلقها الثاني طلاقا رجعيا، عادت إليها حضانة ابنها من جديد[٤].

كما يستثنى منه على الرأي الثاني ما يلي:

٤- يحرم وطء الرجعية والاستمتاع بها بنظرة أو غيرها؛ لأن الطلاق مضاد للنكاح الذي هو سبب الإباحة، ولا بقاء للضد مع وجود ضده[٥].

---

(١) أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم بك ص ٥٥، وانظر: التاج المذهب ٢/ ٥.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/ ٣١١، الاختيارات الفقهية للبعلي ص ٢٥٦.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ١١/ ٤٢٧، الإنصاف للمرداوي ٩/ ١٥٣.

(٤) انظر: القواعد لابن رجب ص ٣٤٦، الإنصاف ٩/ ٤٢٥.

(٥) انظر: التاج والإكليل للمواق ٥/ ٤٠٩، العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٤/ ٨٥- ٨٦.

٥- يحرم على الزوج الدخول على مطلقته الرجعية، والاختلاء بها، والكلام المثير للشهوة معها والأكل معها كذلك حتى يراجعها[1] وهو تشديد على المطلِّق لئلا يتذكر ما كان من أمر الزوجة، فيقع في المحظور قبل الرجعة[2].

٦- الرجعية إذا خرجت من منزلها بغير رضا المطلق، لا تسقط نفقتها، بخلاف الزوجة، لأن نفقتها في مقابلة الاستمتاع بها، فلما منعته الاستمتاع بنشوزها سقطت عنه، والرجعية لا يستمتع بها[3].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: التاج والإكليل ٥/٤٠٩، العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٤/٨٥- ٨٦، الفواكه الدواني ٢/٢٥٨.

(٢) انظر: العدوي على شرح مختصر خليل للخرشي ٤/٨٥- ٨٦.

(٣) انظر: منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش ٤/١٩٠.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٢٢

نص الضابط: كلُّ فِعْلٍ يدلُّ على اسْتِدامةِ الزَّواجِ، تكونُ به الرَّجْعَةُ[١].

صيغ ذات علاقة:

١- كلُّ ما يوجب حرمة المصاهرة من الأفعال، تصح به الرجعة[٢]. (بيان).

٢- كل ما ثبت به حرمة المصاهرة، تثبت به الرجعة[٣]. (بيان).

٣- تصح الرجعة بالصريح، وبما يوجب حرمة المصاهرة[٤]. (أعم).

٤- لا تصح الرجعة إلا بالقول من القادر عليه[٥]. (صيغة مخالفة).

---

(١) رمز الحقائق للعيني (بتصرف يسير) ١/ ١٦٠.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٩.

(٣) الفتاوى الهندية ١/ ٤٦٩.

(٤) انظر: كشف الحقائق للأفغاني ١/ ٢٠٨.

(٥) البيان للعمراني ١٠/ ٢٤٧.

شرح الضابط:

الرجعة: هي إعادة الزوجة المطلّقة طلاقا غير بائن، إلى ما كانت عليه قبل الطلاق[(١)].

والمراد بـ(الفعل الذي يدل على استدامة الزواج): كل ما يتعلق بأفعال المعاشرة الزوجية ومقدّماتها.

هذا ضابط يتعلق بصحة مراجعة الزوجة التي طُلِّقت طلاقًا رجعيًا، عن طريق فعل من الأفعال الخاصة بالمعاشرة الزوجية.

وتوضيح ذلك أن الطلاق الرجعي لا يزيل ملك الزوج عن زوجته ولا يزيل حِلّيّتها له ما دامت العدّة قائمة، بل يكون للمطلِّق كل حقوق الزوج، فله أن يراجعها في العدّة في أي وقت شاء بدون نكاح جديد، سواء بالقول بأن يقول لها: راجعتُكِ ونحو ذلك، أو يراجعها عن طريق فعلٍ من الأفعال التي سبق قريبا بيان المراد منها، وهي أنها الأفعال الخاصة بالمعاشرة الزوجية.

أما إذا انتهت العدّة فيزول الملك الحالي للزوج عن زوجته وتخرج الزوجة به عن عصمته، ولكن تَبْقَى حلّيةُ تلك الزوجة له قائمةً في المستقبل، أي يصح للمطلِّق أن يعيد هذه الزوجة إلى عصمته ولكن بعقدٍ جديدٍ[(٢)].

وقد اتفق الفقهاء على أنه تصح مراجعة الزوجة المطلَّقة طلاقا رجعيا بـ(القول).

أما المراجعة بـ(الفعل) فهي مختلفٌ فيها بين الفقهاء، ومن أجله جاء هذا الضابط الذي يُعبِّر عن رأي القائلين بصحة المراجعة به أيضًا، كما صحت المراجعة بالقول.

---

(١) منار السبيل ٢/ ٢٣٠، بمعناه في الشرح الكبير للدردير ٢/ ٤١٥، مغني المحتاج ٣/ ٣٣٥.
(٢) الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣١٢.

والمراد بالمراجعة عن طريق (الفعل) - في هذا الضابط - الذي تصح به الرجعة: أن يفعل الزوج فعلاً من الأفعال التي تتعلق بالمعاشرة الزوجية أو بمقدمات المعاشرة، فإذا فَعَل شيئا من تلك الأفعال، يُعتبر مجرّدُ فعله لها: مراجعةً منه لزوجته وأنه أعادها إلى عصمته مرة أخرى ولو لم يُصرِّح بلسانه بأنه راجعها.

هذا ما يفيده هذا الضابط، وهو ما قال به في الجملة الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية والإمامية، إلا أنهم اختلفوا في بعض التفاصيل التي تتعلق بالموضوع، وتوضيحها كما يلي:

فالحنفية تتحقق عندهم الرجعة الفعلية بمجرد ما يدل على المعاشرة الزوجية أو مقدماتها سواء أكان الزوج ينوي بذلك الرجعة أم لا[١] وهو ما يستفاد من مذهب الزيدية والإمامية[٢].

أما المالكية فإنهم يشترطون النية للرجعة سواء في ذلك الرجعة القولية أو الفعلية، فإن صدر من الزوج فعلٌ من أفعال المباشرة الزوجية أو مقدماتها دون أن يريد بذلك الرجعة، فلا تتحقق به الرجعة عندهم[٣].

أما الحنابلة فتصح الرجعة الفعلية عندهم بخصوص المعاشرة الزوجية نفسها فقط دون مقدماتها، سواء نوى الزوج الرجعة أو لم ينوها[٤].

أما الشافعية فلا تصح الرجعة عندهم بالفعل مطلقا سواء كان بوطء أو مقدماته وسواء كان الفعل مصحوبا بنية الرجعة أم لا، ولا تصح الرجعة إلا باللفظ من القادر عليه، لأن الرجعة تعتبر إعادةً لعقد الزواج، (والإعادة تكون

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ٤٦٩/١، البيان للعمراني ٢٤٧/١٠.

(٢) انظر: السيل الجرار ٤٠٦/٢، شرائع الإسلام ٧٥/٤ .

(٣) انظر: الشرح الكبير ٤١٦/٢-٤١٧، شرح خليل للخرشي ٨١/٤ .

(٤) انظر: كشاف القناع ٣٤٣/٥.

بالكلام دون الفعل من جماعٍ وغيره، فالرجعة لا تثبت لرجل على امرأته حتى يتكلم بالرجعة كما لا يكون نكاح ولا طلاق حتى يتكلم بهما)[1].

أدلة الضابط:

١- قال الله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوٓاْ إِصْلَـٰحًا﴾ [البقرة: ٢٢٨].

أي أنّ أزواجهن أحقُّ بمراجعتهن في زمن العدّة[2].

وجه الدلالة أن الله تعالى سمَّى المطلِّق: «بعلاً»، ومعنى ذلك أن «الزوجية مستمرة بين المطلق الرجعي ومطلَّقته، لأن الله سماهم بُعُولة»[3]، وهذا ما اشتهر عن الشافعي أنه قال: «الرجعية زوجة»[4]، وإذا كانت هي زوجتَه، فحلالٌ له أن يتصرف معها تصرف الزوجات، بل استُحب للمرأة أن تتزين لزوجها في العدة وتتشوّف له بما يُرغّبه في إعادتها إلى عصمته، وهذا كله يدل على وجود إيماء من الشارع إلى جواز وقوع المراجعة بفعلٍ ما يدل على المعاشرة الزوجية[5].

كما أن الله تعالى سَمَّى الرجعة: (ردًّا) والردُّ لا يختص بالقول بل يكون بالفعل أيضًا كردّ المغصوب والوديعة[6].

٢- قال تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [البقرة: ٢٣١].

---

(١) انظر: مغني المحتاج ٣/٣٣٧، ما بين القوسين مستفاد من كلام الشافعي في الأم ٥/٢٤٤.
(٢) انظر: تفسير الجلالين ١/٢٣٤، بدائع الصنائع ٣/١٨٣.
(٣) التحرير والتنوير ٢/٣٢٢.
(٤) انظر: مغني المحتاج ٣/٢٩٣.
(٥) انظر: المحلى ١٠/٢٥١، والجوهر النقي ٢/١٢١، وإعلاء السنن ١١/٢٠٣.
(٦) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٨٢.

وجه الدلالة أن الله تعالى سَمَّى الرجعة: (إمساكا)، وهو استدامة للملك، فدلّ أن ملك النكاح باقٍ على الإطلاق بدليل أنه يملك التصرفات كالظهار والإيلاء واللعان، وأنهما يتوارثان، فبقاء ملك النكاح مطلقا يكون دليل بقاء حل الوطء، لذلك صحت الرجعة بالجماع ومقدماته، لأن النكاح ما زال موجودًا إلى أن تنقضي العدّة[1].

٣- أجمع الفقهاء على أن الجماع في العدّة رجعةٌ إلا الشافعي رحمه الله فقال: ليست رجعة[2].

٤- الرجعة استدامة للملك، والفعل المختص به يكون أدل على استدامة الملك من القول، وذلك يحصل بالوقاع[3].

٥- الأفعال تدل على نية الفاعل، فإذا باشر الزوجُ مطلّقتَه الرجعية وهي في العدّة أو قام بشيء من مقدمات المباشرة، اعتُبر ذلك رجعة، لأنه يدل أن الزوج رضي بإعادة الزوجة إلى عصمته.

تطبيقات الضابط :

١- تتحقق الرجعة عند الحنفية بالمباشرة الزوجية سواء نوى بذلك الرجعة أو لم يَنْوِ ذلك[4].

---

(١) انظر: المبسوط ٦/٢٠-٢١، بدائع الصنائع ٣/١٨٢والمغني ٧/٤٠٣.

(٢) إعلاء السنن ١١/٢٠٣، في الجوهر النقي ٢/١٢١: روى الطحاوي بسنده عن إبراهيم النخعي والشعبي قالا: إذا جامع ولم يُشهِد فهي رجعة، وعن النخعي: غشيانه لها في العدة مراجعة، وعن الحكم وعطاء مثله قال الطحاوي: ولا نعلم لمخالف هذا القول إمامًا كأحد من هؤلاء انتهى.

(٣) انظر: المبسوط ٦/٢٠-٢١، كشف الحقائق للأفغاني ١/٢٠٨.

(٤) انظر: شرح مصطفى الطائي ١/١٦٠، تفسير القرطبي ٢/١٢١، التحرير والتنوير ٢/٣٢٣، البيان للعمراني ١٠/٢٤٧.

٢- قال مالك: إذا وطئها في العدة وهو يريد الرجعة - وجَهِل أن يُشهِد - فهي رجعة؛ وينبغي للمرأة أن تَمنعه الوطء حتى يُشهد؛ وقالت طائفة: إذا جامعها فقد راجعها، هكذا قال سعيد بن المسيب والحسن البصري وابن سرين والزهري وعطاء وطاووس والثوري وبه قال أصحاب الرأي والأوزاعي وابن أبى ليلى[(١)].

٣- التقبيل بشهوة لأي موضع من البدن، تتحقق به الرجعة عند الحنفية[(٢)]، لأنه استمتاعٌ يستباح بالزوجية، فحصلت الرجعة به كالوطء[(٣)].

٤- مسّ الزوجة بشهوةٍ سواء بلا حائل أو بحائل، تثبت به الرجعة عند الحنفية[(٤)].

٥- من قَبَّل أو باشر ينوي بذلك الرجعة كانت رجعةً عند المالكية وإن لم ينو بالقبلة والمباشرة: الرجعةَ، كان آثمًا، وليس بمراجع[(٥)].

٦- لا تحصُل الرجعة عند الحنابلة بالقبلة واللمس بشهوة أو بغيرها، لأن ذلك كله ليس في معنى الوطء[(٦)].

٧- اللمس لغير شهوة، و كذا النظر بغير شهوة، ونحوه، ليس برجعة؛ لأنه يجوز في غير الزوجة عند الحاجة، فأشبَهَ الكلامَ معها[(٧)].

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ٢/ ١٢٠، المغني ٨/ ٤٨٢.

(٢) انظر: رمز الحقائق للعيني ١/ ١٦٠، حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٩، الفتاوى الهندية ١/ ٤٦٩، المغني ٨/ ٤٨٢.

(٣) المغني ٨/ ٤٨٢.

(٤) انظر: رمز الحقائق للعيني ١/ ١٦٠، حاشية ابن عابدين ٣/ ٣٩٩، الفتاوى الهندية ١/ ٤٦٩.

(٥) انظر: تفسير القرطبي ٢/ ١٢١.

(٦) كشاف القناع ٥/ ٣٤٣.

(٧) المغني ٨/ ٤٨٢.

٨- إذا لَمَسَتْ المرأةُ زوجَها، فتركها وهو يقدر على منعها، كان ذلك رجعة، لأنه لمّا مكَّنها من اللمس فقد حصل ذلك باختياره، فصار كأنه لَمَسَها[1].

٩- رجعةُ المجنون تعتبر بفعل ما يدل على المعاشرة الزوجية، لا بالقول فقط[2].

١٠- الخلوة بالزوجة لا تثبت بها الرجعة عند الحنابلة لأنها ليست باستمتاع، ولا تحصل الرجعة عندهم إلا بالوطْء[3].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

---

(١) بدائع الصنائع ٣/١٨٢.

(٢) رمز الحقائق للعيني ١/١٦٠.

(٣) انظر: كشاف القناع ٥/٣٤٣، المغني ٧/٤٠٤.



ضوابط باب الخلع



رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٢٣

نص الضابط: كُلُّ زَوْجٍ صَحَّ طَلاقُهُ صَحَّ خُلْعُهُ[(١)].

صيغ أخرى للضابط :

١- كل من جاز طلاقه جاز خلعه[(٢)].

٢- من صح طلاقه صح خلعه، ومن لا فلا[(٣)].

٣- الخلع يصح ممن يصح طلاقه[(٤)].

٤- يجوز الخلع من كل زوج يصح طلاقه[(٥)].

صيغ ذات علاقة :

١- الخلع طلاق أو فسخ[(٦)]. (أعم).

٢- من لا يصح طلاقه لا يصح خلعه[(٧)]. (مخالفة).

---

(١) المغني لابن قدامة ٢٦٩/٧.
(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر ٥٩٤/٢.
(٣) البحر الزخار لابن المرتضى ١٨١/٤.
(٤) الاختيارات لابن اللحام ص ٢٥١.
(٥) انظر: المقنع لابن قدامة ٣٨٥/٨ مطبوع مع الإنصاف.
(٦) المنثور للزركشي ٤٧/٣، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.
(٧) انظر: المغني ٢٧٠/٧، وانظر ضابط: "كل زوج صح طلاقه صح خلعه"، في قسم الضوابط الفقهية.

شرح الضابط :

الخلع لغة، مأخوذ من خلع الثوب إذا أزاله، لأن المرأة لباس الرجل، والرجل لباس المرأة، ومنه خالعت المرأة بعلها، أي أرادته على طلاقها، ببدل منها، أو من غيرها يدفع لزوجها ليبينها منه، فإن أجابها إلى ذلك فقد بانت منه، وخلع كل واحد منهما لباس صاحبه[١].

والخلع اصطلاحًا: فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه الزوج من امرأته أو من غيرها بألفاظ مخصوصة[٢].

هذا الضابط في باب الخلع يبين الشروط التي ينبغي توافرها فيمن يصح خلعه، وهو محل اتفاق بين الفقهاء، سواء من قال: إن الخلع طلاق، أو من ذهب إلى أنه فسخ، وقد صرح بنص الضابط فقهاء الحنابلة والزيدية[٣].

فكل زوج يصح منه إيقاع الطلاق على زوجته، فإنه يصح منه كذلك إيقاع الخلع عليها[٤]، إلا أن بين الفقهاء بعض الاختلافات فيمن يصح منه إيقاع الطلاق، فيما يلي تفصيلها:

ذهب الفقهاء إلى أن جملة الشروط الواجب توافرها في الزوج المطَلِّق أمور:

أولاً: أن يكون زوجًا :

اتفق فقهاء المذاهب على أنه يشترط فيمن يصح طلاقه أن يكون زوجًا[٥]،

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٧٦/٨.

(٢) مسائل الإمام أحمد وإسحق بن راهويه ١٦٠١/٤.

(٣) انظر: المغني ٢٦٩/٧، البحر الزخار ١٨١/٤.

(٤) انظر: شرح حدود ابن عرفة ص ١٨٩، المغني ٢٦٩/٧، البحر الزخار ١٨١/٤.

(٥) انظر: رد المحتار مع الدر المختار لابن عابدين٢٣٠/٣، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي٣٦٥/٢، مغني المحتاج للشربيني ٤٥٦/٤، شرح منتهى الإرادات ٧٧/٣.

سواء باشره بنفسه أو وكَّل في إيقاعه، فلا يقع طلاق غير الزوج إلا في المولى يطلق عليه الحاكم[(١)].

ثانيًا : أن يكون بالغًا :

اتفق فقهاء المذاهب على أن الصبي الذي لا يعقل الطلاق لا يقع طلاقه، وهذا بلا خلاف[(٢)]، وأما الصبي الذي يعقل الطلاق ويعلم أن زوجته تبين منه وتحرم عليه، فهذا مما اختلف الفقهاء فيه، على النحو التالي:

أ- ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية، وهو رواية عن أحمد، إلى أن طلاقه لا يقع، واشترطوا فيمن يصح طلاقه أن يكون بالغا[(٣)].

ب- ذهب الحنابلة – وهو الصحيح في المذهب – أن طلاق الصبي المميز الذي يعقل الطلاق صحيح[(٤)].

ثالثًا : أن يكون عاقلا :

اتفق فقهاء المذاهب على اشتراط العقل فيمن يصح طلاقه[(٥)] فلا يصح طلاق المجنون[(٦)]، وألحقوا به: المَعْتُوه[(٧)]

(١) انظر: مغني المحتاج ٤/٤٥٦.
(٢) انظر: المغني ٧/٢٩٠.
(٣) انظر: رد المحتار ٣/٢٣٠، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/٣٦٥، مغني المحتاج ٤/٤٥٥، المغني ٧/٢٩٠.
(٤) انظر: شرح منتهى الإرادات ٣/٧٧.
(٥) انظر: رد المحتار ٣/٢٣٠، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/٣٦٥، مغني المحتاج ٤/٤٥٥، المغني ٧/٢٩٠.
(٦) الجنون: اختلال القوة المميزة بين الأمور الحسنة والقبيحة المدركة للعواقب، بأن لا تظهر آثاره وتتعطل أفعالها، إما لنقصان جبل عليه دماغه في أصل الخلقة، وإما لخروج مزاج الدماغ عن الاعتدال بسبب خلط أو آفة، وإما لاستيلاء الشيطان عليه وإلقاء الخيالات الفاسدة إليه بحيث يفرح ويفزع من غير ما يصلح سببا انظر: رد المحتار على الدر المختار ٣/٢٤٣.
(٧) المعتوه: هو القليل الفهم المختلط الكلام، الفاسد التدبير، لكن لا يضرب ولا يشتم بخلاف المجنون انظر: رد المحتار على الدر المختار ٣/٢٤٣.

والمُبَرْسَم[١] والمغمى عليه[٢] والمُدْهَش[٣]، والنائم[٤].

يقول ابن قدامة: أجمع أهل العلم على أن الزائل العقل بغير سكر، أو ما في معناه، لا يقع طلاقه[٥]، ولهم في إيقاع طلاق السكران المتعدي بسكره اتجاهان:

الاتجاه الأول: يقع طلاق السكران:

حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أن طلاق السكران المتعدي بسكره يقع، كأن شرب خمرا أو دواء مجننا بلا حاجة، وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية[٦] وهي رواية عن الإمام أحمد اختارها أبو بكر الخلال، والقاضي أبو يعلى، ووافقهم الظاهرية[٧] وهو مذهب سعيد بن المسيب، وعطاء، ومجاهد، والحسن البصري، وابن سيرين، والشعبي، وإبراهيم النخعي، وميمون بن مهران، والحكم بن عتيبة، ومالك، والثوري، والأوزاعي، وسليمان بن حرب[٨].

(١) البِرْسَام: ورم حار يعرض للحجاب الذي بين الكبد والأمعاء ثم يتصل بالدماغ انظر: رد المحتار على الدر المختار ٣/٢٤٣.

(٢) الإغماء آفة في القلب أو الدماغ تعطل القوى المدركة والمحركة عن أفعالها مع بقاء العقل مغلوبا، وإلا عصم منه الأنبياء، وهو فوق النوم فلزمه ما لزمه وزيادة كونه حدثا، ولو في جميع حالات الصلاة ومنع البناء، وبخلاف النوم في الصلاة إذا اضطجع حالة النوم له البناء رد المحتار على الدر المختار ٣/٢٤٣.

(٣) دهش الرجل: تحير ودُهِش - بالبناء للمفعول - فهو مدهوش وأدهشه الله انظر: القاموس "د هـ ش"

(٤) انظر: رد المحتار على الدر المختار ٣/٢٤٣.

(٥) انظر: المغني ٧/٢٨٨.

(٦) انظر: رد المحتار ٣/٢٣٠، ٢٤١، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/٣٦٥، مغني المحتاج ٤/٤٥٦.

(٧) انظر: المحلى ٩/٤٧١.

(٨) انظر: المغني ٧/٢٨٩.

الاتجاه الثاني : لا يقع طلاقه :

ذهب جمع من الفقهاء إلى أن طلاق السكران لا يقع، وهو الرواية الثانية عن الإمام أحمد، اختارها أبو بكر عبد العزيز، وهو قول عثمان بن عفان رضي الله عنه، ومذهب عمر بن عبد العزيز، والقاسم، وطاووس، وربيعة، ويحيى الأنصاري، والليث بن سعد، والعنبري، وإسحاق بن راهويه، وأبي ثور، والمزني[١].

رابعًا : أن يكون مختارا :

اتفق الفقهاء على وقوع طلاق الهازل[٢] لقوله ﷺ: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد»[٣].

يقول ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء.

وتنوعت أنظارهم في طلاق المكره، والسفيه، والمريض، والمخطئ، والغضبان[٤].

إذا تبين هذا: فإن المعنى الإجمالي المستفاد من الضابط أن كل شرط يشترط في الزوج حتى يصح طلاقه، فإنه يشترط كذلك فيه حتى يصح خلعه، وأما من لم تتحقق فيه الشروط الواجب توافرها فيمن يصح طلاقه، فلا يصح

---

(١) انظر: المغني ٢٩٠/٧.

(٢) الهزل لغة اللعب واصطلاحا: أن لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقي ولا المجازي بل أريد به غيرهما، وهو ما لا تصح إرادته منه وضده الجد، وهو أن يراد باللفظ أحدهما انظر: رد المحتار على الدر المختار ٢٣٩/٣.

(٣) رواه أبو داود ٧٠/٣ (٢١٨٨) والترمذي ٤٩٠/٣ (١١٨٤)، وابن ماجه ٦٥٨/١ (٢٠٣٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وقال الترمذي: حسن غريب.

(٤) انظر: المغني ٣٠٣/٧.

خلعه حينئذ، وقد تم استعراض من يصح طلاقه ومن لا يصح، فيلحق به من يصح خلعه.

أدلة الضابط :

١- على القول بأن الخلع طلاق، فيشترط في المخالع ما يشترط في المطلق، على اعتبار أن الخلع نوع من الطلاق.

٢- أن الشخص إذا ملك الطلاق، وهو مجرد إسقاط من غير تحصيل شيء، فلأن يملكه محصلا للعوض (كما في الخلع) يكون أولى[1].

٣- لأن الشخص إن لم يكن أهلا للطلاق، فليس هو من أهل التصرف، فلا حكم لكلامه[2].

تطبيقات الضابط :

١- الطلاق لا يقع إلا من الزوج[3]، وكذا الخلع؛ لأن كل زوج صح طلاقه صح خلعه.

٢- يصح الخلع من الذمي، كما يصح طلاقه[4]؛ لأن كل زوج صح طلاقه صح خلعه.

٣- يشترط فيمن يصح منه إيقاع الطلاق أن يكون عاقلا[5]، وكذا في

---

(١) انظر: المغني ٧/٢٦٩.

(٢) انظر: المغني ٧/٢٧٠.

(٣) انظر: رد المحتار مع الدر المختار ٣/٢٣٠، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/٣٦٥، مغني المحتاج ٤/٤٥٦، شرح منتهى الإرادات ٣/٧٧.

(٤) انظر: المقنع مع الإنصاف للمرداوي ٨/٣٨٥.

(٥) انظر: رد المحتار ٣/٢٣٠، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/٣٦٥، مغني المحتاج ٤/٤٥٥، المغني ٧/٢٩٠.

الخلع؛ لأن كل زوج صح طلاقه صح خلعه.

٤- طلاق السكران المتعدي بسكره يقع[١]، وكذا خلعه؛ لأن كل زوج صح طلاقه صح خلعه.

٥- طلاق الهازل يقع[٢]، وكذا خلعه؛ لأن كل زوج صح طلاقه صح خلعه.

٦- طلاق السفيه يقع[٣]، وكذا خلعه؛ لأن كل زوج صح طلاقه صح خلعه.

٧- إن خالع المحجور عليه زوجته، صح خلعه؛ لأنه إذا صح الطلاق، وهو لا يحصل منه شيء، فالخلع الذي يحصل به المال أولى، إلا أن العوض لا يدفع إليه[٤].

٨- طلاق الغضبان الذي بلغ الغضب به نهايته، بحيث انغلق عليه باب العلم والإرادة لا يقع[٥]، وكذا خلعه؛ لأن كل زوج لا يصح طلاقه لا يصح خلعه.

٩- المجنون لا يصح طلاقه، وكذا لا يصح خلعه؛ لأن كل زوج لا يصح طلاقه لا يصح خلعه.

---

(١) انظر: رد المحتار ٢٣٠/٣، ٢٤١، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣٦٥/٢، مغني المحتاج ٤٥٦/٤.

(٢) انظر: المغني ٣٠٣/٧.

(٣) انظر: رد المحتار٢٣٨/٣، الشرح الكبير٣٦٥/٢، مغني المحتاج ٤٥٥/٤، المغني ٢٦٩/٧-٢٧٠، ٢٩١.

(٤) انظر: نهاية المحتاج ١٧٥/٥، مغني المحتاج ١٤٩/٣، المغني ٣٠٥/٤.

(٥) انظر: مطالب أولي النهى ٣٢٣/٥.

١٠- الصبي المميز لا يصح طلاقه، على ما قاله جمهور الفقهاء[١]، وكذلك لا يصح خلعه؛ لأن كل زوج لا يصح طلاقه لا يصح خلعه، ومن يصحح خلعه، وهم الحنابلة[٢] يبنيه على الضابط نفسه.

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: رد المحتار ٣/٢٣٠، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/٣٦٥، مغني المحتاج ٤/٤٥٥، المغني ٧/٢٩٠.

(٢) انظر: شرح منتهى الإرادات ٣/٧٧.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٢٤

نص الضابط: الـخُلْعُ طَلَاقٌ أَوْ فَسْخٌ؟[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الفرقة بلفظ الخلع طلاق أو فسخ[٢].

٢- الخلع يقتضي البينونة[٣].

٣- الخلع فسخ وليس بطلاق[٤].

شرح الضابط:

النكاح منَّة من الله تعالى على عباده، قال تعالى: ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ [الروم: ٢١] فجعل من مقاصده: السكون، والود، والرحمة.

---

(١) النوازل الكبرى للوزاني ٢٨٦/٤، المنثور في القواعد للزركشي ٤٧/٣، وانظر: نهاية المحتاج للرملي ٤٠٧/٦ الكافي لابن قدامة ١٤٥/٣.

(٢) جواهر العقود للمنهاجي ٩١/٢.

(٣) التجريد للقدوري ٤٧٦٣/٩، وانظر: التمهيد لابن عبد البر ٢٠١/١١، فتح العلي المالك لعليش ٢٧١/١، نهاية المحتاج ٤٠٥/٦، اختلاف العلماء للمروزي ١٥٩/١.

(٤) القواعد النورانية لابن تيمية ٥٦١/١، وانظر: حلية العلماء للشاشي ٥٤١/٦، نهاية المحتاج للرملي ٤٠٥/٦.

فإذا تصدع البناء القائم على تلك المقاصد، ولم تعد هنالك وسيلة إصلاح أو ترميم، كان من رحمة الله تعالى أيضًا على العباد أن أباح لهم الفراق بأنواعه وحيثياته، إذ «الأمر إذا ضاق اتسع»، و«لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»[١].

والفراق على نوعين: بعوض، وبدون عوض[٢].

وهو مع ذلك إما طلاق، وإما فسخ.

والأحكام في ذلك متغايرة.

والضابط هنا مختص بالنوع الثاني: وهو الفراق بعوض.

والخلع هو المخرج الذي بموجبه تنزع المرأة ربقة الزوجية من عنقها؛ لأن الفداء إنما جعل لها في مقابلة ما بيد الرجل من الطلاق، فإنه لما جعل الطلاق بيد الرجل إذا كره المرأة، جعل الخلع بيد المرأة إذا كرهت الرجل[٣].

والحكمة من الخلع: إزالة الضرر عن الزوجة، فإذا أبغضت المرأة زوجها، وأصابها النفور منه دون سبب من جانبه يتوافر به موجب الطلاق، ولم تطق صبرا على الإقامة معه، كان لها الحق في طلب الطلاق مقابل التنازل عن حقوقها المالية المترتبة على الطلاق، وأن ترد إليه ما قدمه لها من مهر وهدايا[٤]، قال ابن قدامة: «الخلع لإزالة الضرر الذي يلحقها بسوء العشرة

---

(١) رواه أحمد في مسنده ٥/٥٥ (٢٨٦٥)، وابن ماجه في سننه ٢/٧٨٤ (٢٣٤١)، والطبراني في الكبير ١١/٢٢٨ (١١٥٧٦)، من حديث ابن عباس رضي الله عنه، ورواه الحاكم في المستدرك ٢/٦٦ (٢٣٤٥)، والدارقطني في سننه ٤/٥١ (٣٠٧٩)، والبيهقي في سننه ٦/١١٤ (١١٣٨٤) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه، وقال الحاكم: صحيح الإسناد ولم يخرجاه ووافقه الذهبي وقد روي من حديث غيرهما من الصحابة انظر: نصب الراية ٤/٣٨٤.

(٢) انظر: شرح حدود ابن عرفة ١/٣٨٦.

(٣) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٤/٣٦٠.

(٤) انظر: ميثاق الأسرة في الإسلام ص ٢٩١، المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث ص ٢١٤.

والمقام مع من تكرهه وتبغضه»(١).

وهذا ما يوضحه أول خلع في الإسلام، فقد روى ابن عباس رضي الله عنهما: «أن أخت عبد الله بن أبي بن سلول: أتت النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله لا يجمع رأسي ورأسه شيء أبدا، إني رفعت جانب الخباء، فرأيته أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سوادا، وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجها، قال زوجها: إني أعطيتها أفضل مالي: حديقة، فإن ردت علي حديقتي، قال: ما تقولين؟ قالت: نعم، وإن شاء زدته، قال: ففرق بينهما»(٢).

وقد اختلف العلماء في نوع هذه الفرقة هل هي طلاق أم فسخ؟

وهذا الخلاف هو الذي يعبِّر عنه الضابط الذي بين أيدينا بصيغة تفيد تردد الخلع بين هذين الاعتبارين اللذين توزعت آراء العلماء تبعا لهما على النحو التالي:

الاتجاه الأول: الخلع طلاق: وهو مذهب الجمهور، قال به: عمر، وعلي، وابن مسعود، وابن عمر، وسعيد بن المسيب، والحسن، وعطاء، وشريح، والشعبي، وإبراهيم، وجابر بن زيد وإليه ذهب مالك، وأبو حنيفة وأصحابه، والثوري، والأوزاعي، وعثمان البتي، والشافعي في الجديد(٣)، وهو الأصح والأولى عند الشافعية(٤)، ورواية مرجوحة عند الحنابلة(٥).

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢/٧.

(٢) رواه الطبري في تفسيره ٥٥٠/٤ (٤٨٠٧).

(٣) انظر: بداية المجتهد ٣٦١/٤، تفسير الطبري ٥٥٢/٤، تفسير ابن كثير ٦١٢/١، شرح النيل لأطفيش ٢٥٥/٧.

(٤) انظر: تحفة المحتاج ٤٧٩/٧، مغني المحتاج ٤٤٠/٤، حاشية الجمل ٣٤٤/٣، البجيرمي على المنهج ٤٤٠/٢.

(٥) انظر: الإنصاف للمرداوي ٣٩٢/٨.

وذكر ابن حزم في المحلى: أن الخلع طلاق رجعي إلا أن يطلقها ثلاثا، أو آخر ثلاث، أو تكون غير موطوءة، فإن راجعها في العدة جاز ذلك أحبت أم كرهت، ويرد ما أخذ منها إليها[١].

الاتجاه الثاني: الخلع فسخ: وإليه ذهب ابن عباس، وهي رواية عن عثمان بن عفان وابن عمر وبذلك قال طاووس، وعكرمة، وأحمد بن حنبل، وإسحاق بن راهويه، وأبو ثور، وداود الظاهري، والشافعي في القديم[٢]، وهو القول الأرجح والمفتى به عند الحنابلة[٣]، وممن قال به أيضًا الصادق، والباقر، والإمام يحيى بن حمزة[٤].

وينبغي التنبيه إلى أن محل الخلاف هو حيث وقع الخلع بغير لفظ الطلاق ولم ينو به صريح الطلاق أو كنايته.

أما إذا وقع بلفظ الطلاق، أو نوى به الطلاق، فلا خلاف في أنه طلاق.

وسبب الخلاف: هل اقتران العوض بهذه الفرقة يخرجها من نوع فرقة الطلاق إلى نوع فرقة الفسخ أم ليس يخرجها[٥].

---

(١) انظر: المحلى بالآثار لابن حزم ١٠/٢٣٥.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٤/٣٦١، تفسير الطبري ٤/٥٥٢، تفسير ابن كثير ١/٦١٢، شرح النيل ٧/٢٥٥.

(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي ٨/٣٩٢.

(٤) انظر: المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء والبحوث ص ٢٢٣ بحث للشيخ فيصل مولوي عن الخلع وأحكامه.

وجاء في القانون اليمني: أن المخالعة إذا تمت بالتراضي فهي طلاق، وإذا تمت بقرار القاضي فهي فسخ.

أما القانون الأردني في تعديله الجديد في المادة (١٢٦) فهو يعتبر المخالعة: قبل الدخول أو الخلوة طلاقا إذا تمت بالتراضي، وفسخا إذا تمت بحكم القاضي.

انظر: المجلة العلمية للمجلس الأوروبي للإفتاء ص ٢٤٠.

(٥) بداية المجتهد ٤/٣٦٢.

وثمرة الخلاف تتجلى في مسائل متعددة يأتي ذكر بعضها في تطبيقات الضابط إن شاء الله تعالى.

أدلة الضابط :

القائلون بأن الخلع طلاق بائن استدلوا بالمنقول والمعقول على صحة مذهبهم، فمن ذلك:

الدليل النقلي :

١- حديث ابن عباس: «أن امرأة ثابت بن قيس، أتت النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله ثابت بن قيس ما أَعْتِبُ عليه من خُلُقٍ ولا دِينٍ ولكني أكره الكفر في الإسلام، فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: «اقبل الحديقة وطَلِّقْها تطليقة»[١].

وجه الاستدلال : أن قوله ﷺ: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»، ففيه دليل على أن العوض مبذول في الطلاق الذي هو من حق الزوج[٢].

٢- عن ابن عباس، أن النبي ﷺ جعل الخلع تطليقة بائنة[٣] والمعنى فيه أن النكاح لا يحتمل الفسخ بعد تمامه، ألا ترى أنه لا يفسخ بالهلاك قبل التسليم، فإن الملك الثابت به ضروري لا يظهر إلا في حق الاستيفاء[٤].

٣- ما رواه مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن جهمان مولى الأسلميين عن أم بكر الأسلمية: أنها اختلعت من زوجها عبد الله بن خالد بن

(١) رواه البخاري في صحيحه ٧/٤٦-٤٧ (٥٢٧٣).

(٢) أضواء البيان للشيخ محمد الأمين الشنقيطي ١/٢١٢.

(٣) رواه الدارقطني ٤/٤٥-٤٦ (١٣٤)، البيهقي في الكبرى ٧/٣١٦ .

(٤) المبسوط للسرخسي ٦/١٧١ - ١٧٢.

أسيد، فأتيا عثمان بن عفان في ذلك فقال: تطليقة، إلا أن تكون سميت شيئا، فهو ما سميت[1].

الدليل العقلي:

الفرق بين قاعدة الفسخ والانفساخ عند القرافي كما سيأتي في مناقشة أدلة أصحاب الاتجاهين.

واستدل القائلون بأن الخلع فسخ بمجموعة من الأدلة النقلية والعقلية أيضا، منها[2]:

الدليل النقلي:

١- قوله تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم ذكر الافتداء، فقال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩] ثم قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فذكر تطليقتين، ثم أعقبهما بالفداء، وهو الخلع ثم ذكر تطليقة بعد ذلك، فلو كان الخلع طلاقا لكان أربعا، وهذا لا يجوز.

وهذه حجة ابن عباس على أن الخلع فسخ[3].

---

(١) رواه الإمام مالك في الموطأ رواية محمد بن الحسن ص١٨٩ (٥٦٣)، وعبد الرزاق ٦/٤٨٣ (١١٧٦٠)، وسعيد بن منصور ١/٣٣٨-٣٣٩ (١٤٤٦) (١٤٤٧)، ابن أبي شيبة ١٠/٣٦-٣٧ (١٨٧٤٤).

(٢) انظر: نيل الأوطار للشوكاني ٧/٣٥، ٣٨، تبيين الحقائق للزيلعي ٢/٢٦٨، تفسير القرطبي ٣/١٤٣ - ١٤٤ المغني ٧/٥٧.

(٣) انظر: المصنف لعبد الرزاق، كتاب الطلاق، باب الفداء، رقم الحديث ١١٧٦٧، أضواء البيان ١/٢٠٧.

٢- وعن ابن عباس رضي الله عنهما أيضًا أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها النبي ﷺ أن تعتد بحيضة[(١)].

٣- عن الرُّبَيِّعِ بنت مُعَوِّذ: «أنها اختلعت على عهد رسول الله ﷺ، فأمرها النبي ﷺ، أو أُمِرت أن تعتد بحيضة»[(٢)].

وجه الاستدلال من هذين الحديثين: أن الخلع لو كان طلاقا لم يقتصر ﷺ على الأمر بحيضة.

الدليل العقلي:

١- الخلع فرقة لا تثبت بها الرجعة بحال، فكانت فسخا، كسائر الفسوخ[(٣)].

٢- النكاح عقد محتمل للفسخ حتى يفسخ بخيار عدم الكفاءة، وخيار العتق، وخيار البلوغ فيحتمل الفسخ بالتراضي أيضا، وذلك بالخلع[(٤)].

مناقشة أدلة الفريقين:

القائلون بأن الخلع فسخ لم يثبت عندهم الخبر «أن الخلع طلقة بائنة»،

---

(١) رواه أبو داود ٥٤٦/٣ (٢٢٢٩)، والترمذي ٤٩١/٣-٤٩٢ (١١٨٥)، وقال الترمذي: حسن غريب ورواه عبدالرزاق ٥٠٦/٦ (١١٨٥٨)، والدارقطني ٤٦/٣ (١٢٦) والحاكم ٢٠٦/٢ والبيهقي في الكبرى ٤٥٠/٧ عن عكرمة مرسلا.

(٢) رواه الترمذي ٤٩١/٣ (١١٨٥)، والنسائي ١٨٦/٦-١٨٧ (٣٤٩٧) (٣٤٩٨)، والكبرى له ٢٩٢/٥ - ٢٩٣ (٥٦٦١)، وابن ماجه ٦٦٣/١-٦٦٤ (٢٠٥٨)، وقال الترمذي: حديث الربيع، الصحيح أنها أمرت أن تعتد بحيضه.

(٣) انظر: المسائل الفقهية من كتاب الروايتين والوجهين للقاضي أبي يعلى ١٣٦/٢.

(٤) المبسوط للسرخسي ١٧١/٦.

حيث ضعف الإمام أحمد الحديث فيه، وقال: ليس في الباب لنا شيء أصح من حديث ابن عباس أنه فسخ[١].

كما ضعف أحمد أيضًا حديث مالك عن هشام بن عروة عن أبيه عن جهمان، وقد قال الشافعي: لا أعرف جهمان[٢].

ورد القائلون بأن الخلع طلاق بائن على القائلين بأنه فسخ بما يلي:

أ- الطلقة الثالثة في الآية ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ هي المذكورة في قوله تعالى من نفس الآية ﴿أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾، قال في فتح الباري: والأخذ بهذا الحديث أولى، فإنه مرسل حسن يعتضد بما أخرجه الطبري من حديث ابن عباس بسند صحيح، قال: «إذا طلق الرجل امرأته تطليقتين فليتق الله في الثالثة، فإما أن يمسكها فيحسن صحبتها، أو يسرحها فلا يظلمها من حقها شيئا»[٣].

وعليه ففراق الخلع المذكور لم يرد منه إلا بيان مشروعية الخلع عند خوفهما ألا يقيما حدود الله، لأنه ذكر بعد الطلقة الثالثة.

وقوله: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾ إنما كرره ليرتب عليه ما يلزم بعد الثالثة الذي هو قوله: ﴿فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾[٤].

ب- الاستدلال على أن الخلع فسخ بإيجاب حيضة واحدة في عدة المختلعة فيه يرد عليه أن أكثر أهل العلم على أن المختلعة تعتد عدة المطلقة ثلاثة قروء، فلا ملازمة بين الفسخ والاعتداد بحيضة، ومما

---

(١) انظر: شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٦٠.
(٢) انظر: أضواء البيان ١/٢٠٩.
(٣) رواه الطبري في تفسيره ٤/٥٤٣.
(٤) أضواء البيان ١/٢٠٨.

يوضح ذلك: أن الإمام أحمد رحمه الله تعالى يقول في أشهر الروايتين عنه: إن الخلع فسخ لا طلاق، ويقول في أشهر الروايتين عنه أيضًا إن عدة المختلعة ثلاثة قروء كالمطلقة، فظهر عدم الملازمة عند الخصم، فسقط الاستدلال به(١).

ج- ما ثبت عن ابن عباس رضي الله عنهما من القول بأن الخلع فسخ، قد روي رجوعه عنه إلى قول عامة الصحابة رضي الله عنهم من كونه طلاقا لا فسخا(٢).

د- يقول القرافي: «الفسخ: فعل المتعاقدين أو الحاكم، إذا ظفروا بالعقود المحرمة، والانفساخ: صفة العوضين.

والفسخ: سبب شرعي، والانفساخ: حكم شرعي مسبب عنه.

وذلك أن الفسخ: قلب كل واحد من العوضين لصاحبه، والانفساخ: انقلاب كل واحد من العوضين لصاحبه.

فالأول: مقولة الفعل، والثاني: مقولة الانفعال.

وبتحرير هذا الفرق يعلم أن حقيقة الفسخ منتفية عن الخلع لعدم تعيين انقلاب الصداق لباذله، بل يجوز بغير الصداق إجماعا.

وبذلك يتضح وجه الرد على من جعل الخلع فسخا»(٣).

---

(١) انظر: المرجع السابق ١/٢١٣.

(٢) انظر: المبسوط ٦/١٧١.

(٣) أنوار البروق للقرافي، الفرق (١٩٥ بين قاعدة الفسخ وقاعدة الانفساخ).

تطبيقات الضابط :

١- لو خالع رجل امرأته فإن قلنا: الخلع طلاق، حسبت طلقةً، فنَقص بها عدد طلاقها، فلو خالعها ثلاثا طلقت ثلاثا، فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره وإن قلنا: هو فسخ لم تحرم وإن خالعها مائة مرة[١].

٢- من خالع امرأته، ثم أتبع الخلع طلاقا مباشرة دون أن يسكت بين الخلع والطلاق، فعلى القول بأن الخلع طلاق، لزمه الطلاق الثاني فيعدُّ له طلقتان، وعلى أنه فسخ، لم يلزمه الطلاق الثاني[٢] لأنه وقع في غير محله.

٣- إذا ضيَّق الرجل على امرأته لكي تخالعه بعوض، ففعلت، بطل العوض، ثم إن قلنا: الخلع طلاق وقع الطلاق بغير عوض، وإن قلنا: بل فسخ، ولم ينو به الطلاق، لم يقع طلاقا، لأن الخلع بغير عوض لا يقع في إحدى الروايتين عند الحنابلة[٣].

٤- لو قالت امرأة لزوجها: اخلعني بألف، فقال طلقتك: فإن قلنا: الخلع طلاق استحق الألف، وإن قلنا: هو فسخ، لم يستحقها[٤].

٥- إذا بدأ الزوج بصيغة المعاوضة: كطلقتك أو خالعتك بكذا، وقلنا: الخلع طلاق، وهو الراجح فهو معاوضة فيها شَوْبُ تعليق، أما إذا قلنا: فسخ، فهو معاوضة محضة كالبيع[٥].

---

(١) انظر: المبسوط ٦/١٧٢، التاج والإكليل للمواق ٥/٣٣٤، المغني لابن قدامة ٧/٢٥٠.

(٢) انظر: التاج والإكليل ٥/٣٣٦، الإنصاف للمرداوي ٨/٣٩٥.

(٣) انظر: المغني ٧/٢٤٨، ٢٦١، الإنصاف ٨/٣٨٥.

(٤) انظر: الفروع لابن مفلح ٥/٣٥٣.

(٥) نهاية المحتاج للرملي ٦/٤٠٧.

٦- إذا خالع الرجل امرأته، فإن قلنا: الخلع طلاق، دخلته السنة والبدعة، فيكون طلاقا سنيا إذا حصل في الطهر، ويكون بدعيا إذا كان في الحيض، وإن قلنا: هو فسخ، لم تدخله السنة ولا البدعة[1].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: البحر الزخار ١٧٨/٤.



رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٢٥

نص الضابط: الـخُلْعُ عَقْدُ مُعَاوَضَةٍ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الخلع معاوضة[٢].

٢- الخلع لا يكون إلا بعوض[٣].

٣- الخلع يؤول إلى المعاوضة[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- الخلع يمين في حق الزوج معاوضة في حق الزوجة[٥]. (مخالفة).

٢- الخلع يمين في حق الزوجين[٦]. (مخالفة).

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٩١/٦، رد المحتار لابن عابدين ٤٦٥/٣، الفروع ابن مفلح ٤٥١/٥، وانظر: شرح حدود ابن عرفة ص ١٨٨، طلاق الخلع، منح الجليل لعليش ٣/٤- ٤، السيل الجرار الشوكاني ٣٦٣/٢، البحر الزخار ١٨١/٤، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٢٨٨/٩- ٢٨٩، الروضة البهية للجبعي ص ٦ كتاب الخلع والمبارأة.

(٢) المبسوط ١٨٠/٦، شرح البهجة الوردية ٢٣٦/٤، كشاف القناع ٢٢٠/٥.

(٣) رد المحتار ٤٤١/٣، درر الحكام للملا خسرو ٣٩٢/١، وانظر: الحاوي للماوردي ٢٣٢/٩.

(٤) انظر: المنثور في القواعد للزركشي ٨٣/١، ٣٧٨.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعي ٤٧١/٥، وانظر: فتاوى قاضيخان ٥٣٣/١، رمز الحقائق للعيني ١٦٦/١ وهذا القول معزو لأبي حنيفة رضي الله عنه.

(٦) انظر: تبيين الحقائق ٢٦٧/٢ باب الخلع وهذا القول معزو لأبي يوسف ومحمد بن الحسن صاحبي أبي حنيفة.

٣- كل ما جاز أن يكون مهرا في النكاح جاز أن يكون بدلا في الخلع ولا ينعكس[١]. (عموم وخصوص).

٤- العوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع[٢]. (مكمل).

شرح الضابط :

تظهر أهمية هذا الضابط في كونه يمثل حقيقة الخلع وماهيته، باعتباره عقدا من العقود.

والعقود على ثلاثة أضرب: عقد مختص بالعوض كالبيع والنكاح، وعقد مختص بالمكارمة ونفي العوض كالهبة لغير الثواب والصدقة، وعقد ظاهره المكارمة وله تعلق بالمعاوضة كالهبة للثواب[٣].

والمعاوضات هي ما كان التمليك فيها ـ سواء كان التمليك عين المال أو منفعته ـ بمقابل، وسواء كان هذا المقابل مالا أو نحوه، فحينئذ تشمل ما كانت المبادلة مبادلة مال بمال كالبيع والسلم والقرض ونحوها، وما كانت مبادلة مال بمنفعة مال كالإجارة والمزارعة والمساقاة والمضاربة، وما كانت مبادلة مال بما ليس بمال ولا منفعة كالزواج والخلع، وما كانت مبادلة منفعة بمنفعة كقسمة المنافع[٤].

والمراد من الضابط هو تقرير كون الخلع عقد معاوضة، وهو معبر عن رأي المالكية والشافعية والحنابلة معاوضة، وعلى هذا لو تم من قبل الزوج، فماتت المرأة أو فلَّست، أخذ العوض من تركتها وأتبعت به، ويجوز رد العوض فيه بالعيب؛ لأن إطلاق العقد يقتضي السلامة من العيب، فثبت فيه الرد بالعيب

---

(١) العناية شرح الهداية للبابرتي ٤/٢٢١- ٢٢٢.
(٢) المغني لابن قدامة ٧/٢٥٦.
(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٤/١٨٨.
(٤) انظر: مبدأ الضمان في العقود للقرداغي ١/١٥٠.

كالمبيع والمهر، ويصح الخلع منجزًا بلفظ المعاوضة، لما فيه من معنى المعاوضة، ويصح معلقًا على شرط لما فيه من معنى الطلاق، ويملك العوض بالعقد، ويضمن بالقبض.

لكن الحنابلة فصلوا في الضمان، فقالوا: العوض في الخلع كالعوض في الصداق والبيع: إن كان مكيلاً أو موزونًا، لم يدخل في ضمان الزوج، ولم يملك التصرف فيه إلا بقبضه، وإن كان غيرهما دخل في ضمانه بمجرد الخلع وصح تصرفه فيه.

إلا أن الشافعية قالوا: الخلع معاوضة فيها شَوْب تعليق، لتوقف وقوع الطلاق فيه على قبول دفع المال من الزوجة[(١)].

وذهب أبو حنيفة إلى أن الخلع قبل قبول المرأة يمين من جانب الزوج فلا يصح الرجوع عنه؛ لأنه علق طلاقه على قبول المال، والتعليق يمين اصطلاحًا، ويعتبر معاوضة بمال من جانب الزوجة؛ لأنها التزمت بالمال في مقابل افتداء نفسها وخلاصها من الزوج، لكنها عند أبي حنيفة ليست معاوضة محضة، بل فيها شبه بالتبرعات؛ لأن بديل العوض ليس مالاً شرعًا، وإنما هو افتداء المرأة نفسها، فلا يكون الخلع معاوضة محضة، وقال الصاحبان – أبو يوسف ومحمد بن الحسن: الخلع يمين بالنظر إلى الزوجين جميعًا[(٢)].

وذهب إلى أن الخلع عقد معاوضة من غير المذاهب الأربعة كل من الظاهرية، والزيدية، والإباضية والإمامية كما هو مفهوم من تعريفاتهم وتطبيقاتهم[(٣)]، مما يجعل الضابط متفقا عليه بالجملة.

---

(١) انظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٥١٨/٢، ٥٣١، مغني المحتاج ٢٦٩/٣، المجموع للنووي ٧٢/٢-٧٣، المغني ٢٥٦/٧.

(٢) انظر: الدر المختار مع رد المحتار ٧٦٨/٢- ٧٦٩، بدائع الصنائع ١٤٥/٣.

(٣) انظر: المحلى لابن حزم ٥٢٥/٩، البحر الزخار لابن المرتضى ١٨١/٤، شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ٢٨٨/٩- ٢٨٩، الروضة البهية ص ٦ كتاب "الخلع والمبارأة".

أدلة الضابط :

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَن تَأْخُذُوا۟ مِمَّآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ شَيْـًٔا إِلَّآ أَن يَخَافَآ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَعْتَدُوهَا﴾ [البقرة: ٢٢٩].

وجه الاستدلال من الآية : يؤخذ من ظاهر الآية أن الخلع عبارة عن افتداء المرأة رقبتها من الزوج مقابل مال أو منفعة أو غير ذلك مما يعد عوضا، وهذا لا خلاف فيه كما ذكره العلامة الطاهر بن عاشور بقوله: لم يختلف علماء الأمة أن المراد بالآية أخذ العوض على الفراق[١].

٢- حديث ابن عباس: «أن امرأة ثابت بن قيس، أتت النبي ﷺ، فقالت: يا رسول الله، ثابت بن قيس ما أَعِتْبُ عليه من خُلُقٍ ولا دِينٍ ولكني أكره الكفر في الإسلام فقال رسول الله ﷺ: «أتردين عليه حديقته؟» قالت: نعم، قال رسول الله ﷺ: «اقبل الحديقة وطَلِّقْها تطليقة»[٢].

وجه الاستدلال: هو قوله ﷺ: «اقبل الحديقة وطلقها تطليقة»، فيه دليل على أن العوض مبذول في الطلاق الذي هو من حق الزوج[٣].

تطبيقات الضابط :

١- يجوز التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن أحدهما منفردا، والضابط فيه أن كل من يصح أن يتصرف بالخلع لنفسه جاز توكيله ووكالته ذكرا أو أنثى، مسلما أو كافرا، محجورا عليه أو رشيدا، لأن كل واحد منهم يجوز أن يوجب الخلع، فصح أن يكون

---

(١) التحرير والتنوير للطاهر بن عاشور، تفسير سورة البقرة الآية ٢٢٩.

(٢) رواه البخاري في صحيحه ٧/٤٦-٤٧ (٥٢٧٣).

(٣) أضواء البيان للشنقيطي ١/٢١٢.

وكيلا وموكلا فيه، ولأن الخلع عقد معاوضة كالبيع[١] ومعلوم جواز التوكيل في البيع فكذلك الخلع.

٢- الإيجاب والقبول من الزوجين ركن من أركان الخلع، سواء كان الخلع بعوض أم بغير عوض عند الجمهور، خلافا للحنفية إذا كان الخلع بغير العوض، وحجة الجمهور أن الخلع عقد معاوضة، وعقود المعاوضات يشترط فيها الإيجاب والقبول[٢].

٣- يجوز أخذ الزوج عوضا من امرأته في مقابل فراقه لها سواء كان العوض مساويا لما أعطاها أو أقل أو أكثر منه ما دام الطرفان قد تراضيا على ذلك، وسواء كان العوض منها أو من غيرها، وسواء كان العوض نفس الصداق أو مالا آخر غيره أكثر أو أقل منه.

وهذا القول للمالكية والشافعية والإباضية والإمامية، معللين له بأن الخلع معاوضة فوجب أن لا يكون بمقدار معين، كما أن للزوجة عند العقد لها أن لا ترضى إلا بالمهر العظيم[٣].

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ١٠٢/٤، منح الجليل شرح مختصر خليل لعليش ٢٠/٤- ٢١، مغني المحتاج ٤٣٦/٤، المغني ٢٧٢/٧، كشاف القناع للبهوتي ٢٣٠/٥، البحر الزخار ١٨١/٤، الروضة البهية ص٦ كتاب الخلع والمبارأة.

(٢) انظر: رد المحتار لابن عابدين ٤٤١/٣، الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٥١٧/٢، أسنى المطالب ٢٥٠/٣ كشاف القناع ٢١٩/٥، البحر الزخار ١٧٩/٤.
وأخذ القانون السوري برأي المالكية والشافعية، فأجاز لكل من الزوجين الرجوع عن الإيجاب في المخالعة قبل قبول الآخر، نصت المادة (٩٦) على أنه: (لكل من الطرفين الرجوع عن إيجابه في المخالعة قبل قبول الآخر).

(٣) انظر: الشرح الصغير مع حاشية الصاوي ٥١٧/٢-٥١٨، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي٣٥٦/٢، روضة الطالبين ٣٧٤/٧، شرح النيل وشفاء العليل ٢٨٨/٩- ٢٨٩، الروضة البهية ج ٦، كتاب "الخلع والمبارأة".
ذهب الحنابلة إلى أن الزوج لا يستحب له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها بل يحرم عليه الأخذ إن عضلها ليضطرها إلى الفداء المغني ٥٢/٧.

=

٤- الخلع على عمل محدود جائز، لدخوله تحت قوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾، شريطة أن يكون ذلك العمل مباحا تجوز المعاوضة فيه بالإجارة وغيرها[1] لأن الخلع عقد معاوضة تجري عليه أحكام المعاوضات.

٥- إذا تزوج رجل امرأة على ألف درهم، ثم اختلعت منه بمال مؤجل، فهو جائز إذا كان الأجل معلوما؛ لأن الخلع عقد معاوضة، فيصح اشتراط الأجل المعلوم في بدله كسائر المعاوضات[2].

٦- إذا قالت المرأة: اخلعني ولك ألف درهم، أو قالت طلقني ولك ألف درهم، ففعل، وقع الطلاق، ولم يجب المال عليها عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله يجب المال لوجهين: أحدهما أن الواو، وإن كان للعطف حقيقة، فقد يستعمل بمعنى الباء مجازا كما في القسم، فإن قوله: والله كقوله بالله، فقولها ولك ألف بمنزلة قولها: طلقني بألف، أو بعني طلاقي بألف، وإنما حملناه على هذا المجاز لمعنى المعاوضة؛ لأن الخلع معاوضة، وفي المعاوضات لا

= وفصل الحنفية فقالوا: إن كان النشوز من جهة الزوج كره له كراهة تحريم أخذ شيء منها لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ إِحْدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا۟ مِنْهُ شَيْـًٔا﴾ ولأنه أوحشها بالفراق فلا يزيد إيحاشها بأخذ المال، وإن كان النشوز من قبل المرأة لا يكره له الأخذ، وهذا بإطلاقه يتناول القليل والكثير، وإن كان أكثر مما أعطاها، لقوله تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾، وقال القدوري: إن كان النشوز منها كره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها، لقوله ﷺ "في امرأة ثابت بن قيس: أما الزيادة فلا"، وقد كان النشوز منها، ولو أخذ الزيادة جاز في القضاء، وكذلك إذا أخذ والنشوز منه، لأن مقتضى ما ذكر يتناول الجواز والإباحة، وقد ترك العمل في حق الإباحة لمعارض، فبقي معمولا في الباقي انظر: تبيين الحقائق ٢/٢٦٩، البحر الرائق ٤/٨٣، فتح القدير ٣/٢٠٣- ٢٠٤.

(١) المحلى لابن حزم ٩/٥٢٥.

(٢) انظر: المبسوط ٦/١٩١.

يعطف أحد العوضين على الآخر إنما يلصق أحدهما بالآخر(١).

٧- جمهور الفقهاء على جواز الخلع بحاكم وبغير حاكم(٢)؛ لأن الخلع معاوضة بين الزوجين، والمعاوضة لا تحتاج إلى إذن الحاكم وحكمه، كما لا يحتاج ذلك البيع والنكاح والطلاق.

٨- لو قال فضولي لزوج امرأة: طلق زوجتك على مائة أو أكثر أو أقلّ (من أي عملة نقدية)، وأنا أضمنها لك، وقَبِل الزوج ذلك، ثبت الخلع، ولزم الفضولي المبلغ المحدد؛ لأن الخلع عقد معاوضة يصح من المتعاقدين وغير المتعاقدين(٣).

الحسين أحمد درويش

* * *

---

(١) المرجع السابق ٦/ ١٨٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/ ١٤٥، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/ ٣٤٧، المجموع ٢/ ٧٢، كشاف القناع ٥/ ٢١٣.

(٣) انظر: الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية لزين الدين العاملي الجبعي ٥/ ١٩٩.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٢٦

نص الضابط: لا يَسقُطُ شيءٌ من حُقُوقِ النِّكاحِ بالخُلعِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا يوجِب الخلعُ براءةَ الزوج من سائر الحقوق[٢].

صيغ ذات علاقة:

١- الخلع لا يَسقط به شيء من الحقوق الواجبة بالنكاح إلا المسمى في العقد[٣]. (مكمل).

٢- الخلع والمبارأة لا يُسقطان ما لا يتعلق بالنكاح من الديون[٤]. (أعم).

٣- الحقوق إذا تقررت لأربابها، لا تسقُط إلا بما يصح به إسقاطها[٥]. (قاعدة فقهية).

---

(١) كشاف القناع للبهوتي ٥/٢٣٠.
(٢) البحر الزخار لابن المرتضى ٤/٢٩١.
(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٦/١٨٩ وفيه أيضًا في الموضع نفسه: "الخلع لا يوجِب البراءة من حقوق النكاح إلا المسمى في العقد".
(٤) مجمع الأنهر لشيخي زاده ١/٧٦٤ وفي البحر الرائق لابن نجيم ٤/٩٨ "الخلع والمبارأة لا يوجبان البراءة من دين آخر سوى النكاح" وفي بدائع الصنائع للكاساني ٣/١٥١ "سائرُ الديون التي وجبت بغير سبب النكاح، لا تسقُط بالخلع".
(٥) المقدمات الممهدات لابن رشد ١/٥٣٨.

٤- الأصل أن المبارأة والخلع، كلاهما يُسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر مما يتعلق بالنكاح[١]. (صيغة مخالفة).

شرح الضابط:

موضوع هذا الضابط يتعلق بمدى قوة الخُلع في إسقاط حقوق الزوجية، أو عدم إسقاطها.

وتوضيح ذلك أن الزوج إذا خالع امرأته على مال مسمى، وقبلت الزوجة ذلك، لزمها ما سمّياه اتفاقًا أما حقوق الزوجية الثابتة بينهما، كالمهر مثلاً، ونفقة العدّة، وحق السكنى، ونفقة الولد، فهل تسقط بالخلع أو لا تسقط؟

اختلف أهل العلم في ذلك على رأيين:

الرأي الأول: أن حقوق النكاح لا تسقط بالخلع وهو قول جمهور أهل العلم، فقد قال به الصاحبان من الحنفية، وقال به المالكية، والشافعية، والحنابلة، والزيدية، والظاهرية[٢].

نعم نبّه بعض أهل العلم من أصحاب المذاهب المذكورة، كالحنفية[٣]، أنه إن اتّفق الزوجان على إسقاط شيء من حقوق النكاح صريحًا عند الخلع، فإنها تسقُط، وإلا فتبقى الحقوق باقيةً على حالها[٤].

جاء في المحيط البرهاني لابن مازه، فيما يتعلق بذكر رأي الصاحبين، في هذا الموضوع: «الخلع عنده [أي عند الإمام أبي حنيفة] يوجب براءةَ كل واحد

---

(١) العناية شرح الهداية للبابرتي ٤/٢٣٣.

(٢) انظر: الهداية للمرغيناني ٢/١٦، تبيين الحقائق للزيلعي ٢/٢٧٢، الشرح الصغير للدردير ٢/٥٢١ وما بعده، المغني لابن قدامة ٧/٢٤٩، الإنصاف للمرداوي ٨/٤٢٢، كشاف القناع ٥/٢٣٠، البحر الزخار ٤/٢٩١، المحلى لابن حزم ١٠/٢٤٤، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٣٦٤، الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي ٩/٧٠٣٧.

(٣) انظر: مجمع الأنهر ٢/١١١ وصرّح فيه مؤلفه بأن هذا أيضًا رأي الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد.

(٤) انظر: مجمع الأنهر ٢/١١١، الهداية ٢/١٦، تبيين الحقائق ٢/٢٧٢.

منها عن صاحبه عن حقوق النكاح، سَمَّى ذلك في الخلع أو لم يُسَمِّ وعندهما لا يُسقِط؛ لأنَّ عندهما لا تسقُط بالخلع إلا ما سَمَّيا فيه»[١].

وهذا القيد (وهو عدم سقوط شيء من حقوق النكاح بالخلع إلا ما يتفق الزوجان على إسقاطه) لا يتعارض مع ما جاء في إطلاق نص الضابط، بل هو داخل في مضمونه، كما لا يخفى عند التأمل.

الرأي الثاني: أن الخلع يُسقط كل حق لكل واحد من الزوجين على الآخر وهو قول أبي حنيفة[٢]، فلا تُطالِب المرأةُ بمهرٍ مثلاً، ولا بنفقةٍ ماضيةٍ[٣].

وجه الرأي الثاني أن لفظ الخلع يدل على الانفصال التام، وقد صدر مطلقًا من كل قيد فيُعمل بالإطلاق في الانخلاع من كل الحقوق التي كانت ثابتةً بذلك الزواج من قبلُ، والإبراء من كل ما كان لكل واحد عند صاحبه[٤].

وبهذا يتبين أن الضابط يعبّر عن رأي الجمهور، وهو أنه لا يسقط بالخلع شيء من حقوق الزوجية إلا ما اتَّفق الزوجان على إسقاطه وقت الخلع؛ وأما ما عدا ذلك من الحقوق، فتبقى باقيةً على ما يفيده إطلاق هذا الضابط، أي أن كلاً من الزوجين يكون مطالَبًا بأداء ما في ذمته من تلك الحقوق نحو الطرف الآخر.

ومن الجدير بالذكر أنه من المتّفق عليه أن الحقوق الأخرى التي هي ما عدا حقوق النكاح، لا تسقط بدهيًا، كما لو كان بين الزوجين ديونٌ ماليةٌ خارجة عن نطاق حقوق النكاح، فإنها تبقى، ولا تسقط، كما نبّه إلى ذلك بعض أهل العلم[٥]، وستأتي الإشارة إليه في الأدلة.

---

(١) المحيط البرهاني لابن مازة ٣/٦٣٨، وانظر: المبسوط للسرخسي ٦/١٨٩.

(٢) انظر: الهداية ٢/١٦، تبيين الحقائق ٢/٢٧٢، المغني ٧/٢٤٩، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٣٦٤.

(٣) انظر: العناية شرح الهداية ٤/٢٣٣، مجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/١٠٩.

(٤) انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٣٦٥، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٩١-٣٩٢.

(٥) انظر: الإنصاف ٨/٣١١.

أدلة الضابط :

١- الخلع عقد معاوضة، وفي المعاوضات يُعتبر ما اتُّفق واشتُرط عليه من الحقوق ولهذا لو كان لأحدهما دَينٌ واجبٌ بسببٍ آخر غير علاقة الزوجية، أو كانت في يده عينٌ مستحقة للطرف الآخر، فلا يسقط شيء من ذلك بسبب الخلع[١].

٢- **قاعدة**: الحقوق إذا تقررت لأربابها، لا تسقُط إلا بما يصح به إسقاطها[٢].

تطبيقات الضابط :

١- لا يسقط متجمِّد النفقة الزوجية بالطلاق ولو خلعًا، لأنه دين قوي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء[٣].

٢- إذا كان الزوج أعطى نفقة زوجته مقدَّمًا لمدةٍ ما، ثم وقع الخلع قبل مضي تلك المدة، فإن ما بقي من تلك النفقة المقدّمة لا يسقط ولا يصير هدرًا، بل تُطالَب الزوجة بردّه إلى الزوج[٤].

٣- لا يسقط مؤخَّر الصداق بالخلع لأنه دين قوي لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء[٥] فإن وقع الخلع قبل الدخول فلها نصف المهر، وإن كانت قبضته كله ردَّت نصفَه للزوج[٦].

---

(١) انظر: الهداية ١٦/٢-١٧، تبيين الحقائق ٢٧٢/٢، أحكام الأحوال الشخصية ص ٣٦٤، الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣٩١.

(٢) المقدمات الممهدات لابن رشد ٥٣٨/١.

(٣) انظر: قانون الأحوال الشخصية المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ ضمن كتاب الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣٩٢.

(٤) انظر: الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٩١.

(٥) انظر: المحلى ٢٤٤/١٠، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٣٩٢.

(٦) انظر: المغني ٢٤٩/٧.

٤- إذا كان بدل الخلع منفيًّا بأن خالعها على غير شيء، فلا يسقط شيء من حقوق الزوجية، لرضاهما صراحةً بذلك[١].

٥- حق نفقةِ العدة، لا يسقُط بمجرد الخلع، بل لها النفقة إلا إن اختلعت على إسقاطه، فيسقُط[٢] وإذا اختلعت المرأة بدون إسقاط نفقة العدة، ثم رغبت بعد الخلع في إسقاطها، لا يصح إسقاطها أيضا، لأنه يكون حينئذ إسقاطا مقصودًا لشيء لم يجب في الذمة، فيكون إسقاطا لمعدوم، وهو باطل، بخلاف الإسقاط الضمني لها وقت الخلع فإنه يصح[٣].

٦- نفقةُ السكنى للمرأة المختلعة أثناء العدة، يصح إسقاطها إن وقع الخلع على ذلك ومعنى سقوطها: أن تُبرئ الزوجةُ زوجَها من مؤونة السكنى إذا كان البيت ملكًا لها، أو أن تَدفع الأجرةَ من مالها إن كان البيت مستأجَرًا[٤].

٧- إن وقع الخلع قبل الدخول، ولم يكن الزوجُ أعطاها شيئا من المهر، فلها نصفُ المهر وإن كانت قَبَضَتْ المهرَ، فإنها ترُدّ نصفَه للزوج[٥].

٨- يجوز للمرأة الحامل أن تخالع على أنها سوف تتحمل نفقة ما تَلده من الحمل مدة الرضاع؛ لكن لا يسقُط بذلك نفقةُ الحمل نفسه عن

(١) أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٣٦٨.

(٢) انظر: الدر المختار للحصكفي ٤٩٩/٣، المحلى ٢٤٤/١٠، أحكام الأحوال الشخصية ص ٣٦٤، الأحوال الشخصية لأبي زهرة ص ٣٩٠.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٣٥/٤، الدر المختار ٤٩٨/٣، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٣٦٤.

(٤) انظر: الدر المختار ٤٩٩/٣، الشرح الكبير للدردير ٣٥٠/٢-٣٥١، مغني المحتاج للشربيني ٢٦٥/٣، مدونة الفقه المالكي للصادق الغرياني ٧٠٦/٢-٧٠٧، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٣٦٤، شرح النيل ٢٥٢/٧-٢٥٣.

(٥) انظر: شرح المقنع لابن قدامة ٢٢٨/٨، المبدع لابن مفلح ٢٢٧/٧.

الزوج، لأنهما حقان: حق نفقة الحمل، وحق نفقته بعد الولادة، فأسقطت المرأة أحدَ الحقَّين عن الزوج في نظير الخلع، فيبقى الآخر[1].

استثناءات من الضابط :

سبق في الشرح، أن ما يتفق الزوجان على إسقاطه من حقوق الزوجية، عند الخلع، يسقُط لكن يُستثنى من ذلك: حق السكنى للمرأة في العدة، فإنه لا يسقط بالخلع ولو نُص على إسقاطه في الخلع، وتم الخلع على هذا الشرط؛ لأن سكنى المعتدّة في بيت الزوجية حقٌ لله تعالى، فلا يسقط بالإسقاط[2].

وحق السكنى هذا، هو غير ما تقدم في التطبيقات من (حق نفقة السكنى)، فهما حقان: أحدهما: حق السكنى للمرأة في العدة (أي بقاؤها في بيت الزوجية في العدّة)، فهذا هو المراد في الاستثناءات، وهو الذي لا يسقُط مطلقا وإن صُرِّح بإسقاطه في الخلع.

وأما الحق الآخر فهو ما يتعلق بـ (مصاريف السكن أثناء عدة الخلع)، فهذا المذكور في التطبيقات، وهو لا يسقط بمجرد الخلع، لكن إن اتفق الزوجان على إسقاطه وقت الخلع، فإنه يسقط.

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٤٩/٣، الدر المختار ٥٠٠/٣، الشرح الصغير للدردير ٥٢١/٢، مدونة الفقه المالكي ٧٠٨/٢.

(٢) انظر: الدر المختار ٤٩٩/٣، الشرح الكبير للدردير ٣٥٠/٢-٣٥١، مغني المحتاج ٢٦٥/٣، مدونة الفقه المالكي ٧٠٦/٢-٧٠٧، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٣٦٤، شرح النيل لأطفيش ٢٥٢/٧-٢٥٣.

ضوابط باب اللعان



رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٢٧

نص الضابط: كُلُّ زَوْجٍ صَحَّ طَلَاقُهُ صَحَّ لِعَانُهُ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- اللعان على كل زوج صح طلاقه[(٢)].

٢- كل من يجوز طلاقه يجوز لعانه[(٣)].

٣- كل من كان من أهل الطلاق فهو من أهل اللعان[(٤)].

٤- يصح اللعان ممن يصح منه اليمين والطلاق[(٥)].

صيغ ذات علاقة:

١- كل من كان من أهل الشهادة واليمين كان من أهل اللعان ومن لا فلا[(٦)]. (تكامل).

---

(١) الفروع لابن مفلح ٥/٥١٣.

(٢) الأم للشافعي ٥/٣٠٤، أحكام القرآن للشافعي ١/٢٣٩ وانظر: مختصر المزني ٨/٣١٢ مطبوع مع الأم.

(٣) انظر: التمهيد لابن عبد البر ٦/١٩٣، وبلفظ آخر: كل من جاز طلاقه وظهاره جاز لعانه انظر: الكافي لابن عبد البر ٢/٦٠٩.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٧/٤٠ ذكره في معرض بيان مذهب الشافعي.

(٥) انظر: روضة القضاة لابن السمناني ٣/١٠٣٢.

(٦) انظر: التجريد للقدوري ١٠/٥١٩٤.

شرح الضابط :

هذا الضابط يتناول شرطا من الشروط التي ينبغي توافرها فيمن يصح منه اللعان[١]، وهو يبرز وجه العلاقة بين الطلاق واللعان، وأن ما يشترط في المطلِّق لإيقاع الطلاق، هو نفسه يشترط في الملاعِن لإيقاع اللعان، وبه أخذ جمهور الفقهاء على اختلاف طفيف بينهم في بعض الفروع.

والمعنى الإجمالي للضابط : أنه يشترط في الملاعن أن يكون زوجًا يصح منه إيقاع الطلاق[٢].

وجملة الشروط الواجبة في الملاعِن إلحاقًا بما يشترط في المطلق: أن يكون زوجًا بالغا عاقلا مختارا، وهذا الوصف صادق بالحر والعبد، والمسلم والذمي، والرشيد والسفيه، والسكران والمحدود، والمطلق رجعيا، وغيرهم، فلا يصح من صبي ومجنون، ولا يقتضي قذفهما (يعني: الصبي والمجنون) لعانا بعد كمالهما، ويعزر المميز منهما على القذف؛ تأديبا[٣].

ومما ينبغي ملاحظته : أن ذكر الفقهاء في كتبهم أنه يشترط في الملاعِن أهلية، لا يخالف أن اللعان يصح ممن يصح منه الطلاق؛ لأنهم عللوا هذا الأخير بكون اللعان يمينا فاشتُرِط فيه ما اشتُرِط في الحالف دون الشاهد[٤] على أن الرابط بين الطلاق واليمين، أن كلا منهما لا يصح من غير المكلف[٥].

وهذا الضابط معمول بمقتضاه عند عامة الفقهاء، مرعي عندهم فيما

---

(١) انظر: تعريف اللعان لغة واصطلاحا ضمن الضابط: "المغلب في اللعان معنى الأيمان أو الشهادات" انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٥٣٤.

(٢) تقدم ضمن ضابط: "كل زوجٍ صح طَلاقه صح خلعه" الشروط الواجب توافرها في المطلِّق حتى يصح طلاقه، فلا داعي لإعادته ".

(٣) انظر: مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٥/٦٩.

(٤) انظر: حاشية الشيخ عميرة على شرح المحلي على المنهاج ٤/٣٧.

(٥) انظر: المغني ٨/٤١.

أوردوه من تطبيقات، على أساس أن اللعان يمين لا شهادة، بدليل أن الله قرن بلفظ الشهادة في آيات اللعان قوله تعالى: ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [النور: ٦] وهذا معنى اليمين، فإن اليمين قد يقال فيها أشهد بالله لقد كان كذا، وكذا، ولأن الملاعن إنما يقسم على فعله، والشاهد لا يشهد على فعله، ولو كان شهادة لكانت المرأة فيه على النصف من شهادة الرجل، ولا خلاف أن الملاعن بالملاعنة يدفع به عن نفسه العذاب سواء كان حدًّا أو حبسًا، وهذا حكم اليمين، بخلاف الشهادة فلا يصح أن تقبل شهادة الأنساب ليدفع بها عن نفسه ضررا، ومما يدل على ذلك ما روي عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم ـ أن رسول الله ﷺ لاعن بين هلال بن أمية وزوجته ثم ولدت على شبه الذي قذفت به فقال رسول الله ﷺ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»[(١)] فسمى الملاعنة أيمانا[(٢)].

هذا، خلافا لمن اشترط بجانب شروط الأيمان شروط الشهادة في الملاعن حتى يصح لعانه وهو قول جمهور الحنفية، وقول في مذهب الشافعية، ورواية في مذهب الحنابلة، وبعض الزيدية، فلا يصح اللعان عندهم إلا من مسلم عدل حرٍّ غير محدود في قذف؛ وذلك على أساس أن اللعان عندهم شهادة فيها معنى اليمين، بدليل أن الله سمى اللعان شهادة في قول تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٦﴾ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٧﴾ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ﴿٨﴾ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ﴿٩﴾ وَلَوْلَا فَضْلُ ٱللَّهِ عَلَيْكُمْ وَرَحْمَتُهُۥ وَأَنَّ ٱللَّهَ تَوَّابٌ حَكِيمٌ﴾ [النور: ٦-١٠]، ولأن اللعان يختص بمجلس القضاء كالشهادة[(٣)].

---

(١) رواه أحمد ٣٦/٤ (٢١٣١)، وأبو داود ٢٤٤/٢ (٢٢٥٨) وأصله في الصحيحين.

(٢) انظر: المنتقى للباجي ٧٦/٤، الأم للشافعي ٣١٣/٨.

(٣) انظر أقوال الفقهاء بالتفصيل في: المبسوط للسرخسي ٥٥/٧، بدائع الصنائع للكاساني ٣٤٢/٣، أحكام القرآن للجصاص ٤٣٩/٣، شرح الخرشي ١٢٤/٤، تبصرة الحكام لابن فرحون ٣٦٥/١،=

أدلة الضابط :

لأن اللعان يمين فاشترط فيه ما اشترط في الحالف دون الشاهد[(١)]، فلذلك يصح من كل زوج صح طلاقه[(٢)].

تطبيقات الضابط :

١- يشترط في الزوج حتى يصح طلاقه أن يكون عاقلا، فطلاق غير العاقل لا يقع[(٣)]، وكذا لعانه؛ لأن كل زوج لا يصح طلاقه لا يصح لعانه[(٤)].

٢- يشترط في الزوج حتي يقع طلاقه أن يكون مختاراً غير مكره، فطلاق المكره لا يقع[(٥)]، وكذلك لعانه؛ لأن كل زوج لا يصح طلاقه لا يصح لعانه[(٦)].

٣- طلاق السكران المتعدي بسكره يقع[(٧)]، وكذا لعانه[(٨)]؛ لأن كل زوج

= الأم ٣١٣/٨، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٢٢٠/٨، ٢٢١، المغني ٤٠/٨، كشاف القناع للبهوتي ٣٩٥/٥، الإنصاف للمرداوي ٢٤٣/٩، نيل الأوطار للشوكاني ٣٢٦/٦، المحلى لابن حزم ٣٣٢/٩- ٣٣٣، التاج المذهب للعنسي ٢٦٠/٢، الروضة البهية للعاملي ج ٦ كتاب "اللعان"، شرح النيل لأطفيش ٣٥٧/٧- ٣٥٨.

(١) انظر: حاشية الشيخ عميرة على شرح المحلي على المنهاج ٣٧/٤.

(٢) انظر: المغني ٤٠/٨، كشاف القناع ٣٩٤/٥- ٣٩٥.

(٣) انظر: رد المحتار ٢٣٠/٣، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣٦٥/٢، مغني المحتاج ٤٥٥/٤، المغني ٢٩٠/٧.

(٤) انظر: مغني المحتاج ٦٩/٥، المغني ٤١/٨، طرح التثريب ٢١/٢، الروضة البهية ج ٦ كتاب "اللعان".

(٥) انظر: حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير ٣٦٧/٢، مغني المحتاج ٤٧٠/٤، مغني ٢٩١/٧، التاج المذهب ٢٦٠/٢.

(٦) انظر: مغني المحتاج ٦٩/٥.

(٧) انظر: رد المحتار ٢٣٠/٣، ٢٤١، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٣٦٥/٢، مغني المحتاج ٤٥٦/٤.

(٨) انظر: التاج والإكليل ٤٥٦/٥، مواهب الجليل ١٣٢/٤، الفواكه الدواني ٥٠/٢- ٥١، شرح المحلي على المنهاج ٣٧/٤- ٣٨ مطبوع مع حاشيتي قليوبي وعميرة، التاج المذهب ٢٦٠/٢.

صح طلاقه صح لعانه.

٤- يصح طلاق الأخرس إن فهمت إشارته، وكذا يصح لعانه؛ لأن كل زوج صح طلاقه صح لعانه[١].

٥- يصح طلاق الزوج الذي أقيم عليه الحد في القذف، وكذا يصح لعانه[٢].

٦- يصح طلاق الزوج الفاسق، وكذا يصح لعانه[٣].

٧- يصح طلاق المحجور عليه[٤]، وكذا يصح لعانه[٥].

٨- لا يصح طلاق المجنون، وكذا لعانه[٦].

٩- لا يصح طلاق الصبي، ولا لعانه[٧].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: المجموع للنووي ٣٥/٤، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٣١٢، المغني ٤٣/٨، شرائع الإسلام للحلي ٧٢/٣.

(٢) انظر: شرح المحلي على المنهاج ٣٧/٤- ٣٨ مطبوع مع حاشيتي قليوبي وعميرة.

(٣) انظر: الإنصاف للمرداوي ٢٤٢/٩، المغني ٤٠/٨، كشاف القناع ٣٩٤/٥- ٣٩٥.

(٤) انظر: رد المحتار ٢٣٨/٣، الشرح الكبير ٣٦٥/٢، مغني المحتاج ٤٥٥/٤، المغني ٢٦٩/٧ - ٢٧٠، ٢٩١.

(٥) انظر: مغني المحتاج ٦٩/٥.

(٦) انظر: طرح التثريب ٢١/٢، التاج المذهب ٢٦٠/٢.

(٧) انظر: شــرح المحلي على المنهاج ٣٧/٤- ٣٨ مطبوع مع حاشيتي قليوبي وعميرة، التاج المذهب ٢٦٠/٢.



رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٢٨

نص الضابط: المُغَلَّبُ فِي اللِّعَانِ مَعْنَى الأَيْمَانِ أَو الشَّهَادَاتِ؟[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- اللعان يمين مؤكدة بلفظ الشهادة[٢].

٢- اللعان شهادات مؤكدات بالأيمان[٣].

صيغ ذات علاقة :

١- كل من كان من أهل الشهادة واليمين كان من أهل اللعان، ومن لا فلا[٤]. (مكمل).

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ١/٥٣٤، والنص الأصلي: "هل المغلب في اللعان الأيمان أو الشهادة؟"، وانظر: الروضة البهية ج ٦ كتاب "اللعان".

(٢) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/٣٨٠، وانظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٤/٧٦، الكافي لابن عبد البر ٢/٦١٠، شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٤/٣٣٦، المغني لابن قدامة ٨/٧٢، الكافي لابن قدامة ٣/٢٩٢، مطالب أولي النهى ٥/٥٣٦، المحلى لابن حزم ٩/٣٣٣، نيل الأوطار للشوكاني ٦/٣٢٦، شرائع الإسلام للحلي ٣/٧٥، شرح النيل وشفاء العليل ٧/٣٥٦.

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٧/٤٣، فتح القدير ٤/٢٧٨، البحر الرائق ٤/١٢٣، وانظر: الإقناع للحجاوي ٤/٩٥، البحر الزخار لأحمد بن يحيى بن المرتضى ٥/٤١١.

(٤) عمدة القاري للعيني ١٩/١٠٨، وانظر: التجريد للقدوري ١٠/٥١٩٤.

شرح الضابط :

اللعان : لغة: مصدر لاَعَنَ لعانا، إذا فعل ما ذكر من اللعان، أو لعن كل واحد من الاثنين الآخر قال الأزهري: وأصل اللعن الطرد والإبعاد، يقال: لعنه الله، أي باعده[١].

وشرعا : فقد عرفه الفقهاء عدة تعريفات ترجع في مجملها إلى تعريفين حسب الاختلاف الحاصل بينهم في كونه المغلب فيه: الأيمان أو الشهادات.

فاللعان عند الحنفية : شهادات أربع، مؤكدات بالأيمان، مقرونة شهادة الزوج باللعن، وشهادة المرأة بالغضب، قائمة شهاداته مقام حدِّ القذف في حقه، وشهاداتها مقام حدِّ الزنا في حقها[٢].

وعرفه ابن عرفة ـ وهو من المالكية ـ بقوله: اللعان حلف زوج على زنا زوجته، أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه إن أوجبَ نكولُها حدَّها بحكم قاض[٣].

وهو عند الشافعية : يمين مؤكدة بلفظ الشهادة[٤].

وعند الحنابلة : شهادات مؤكدات بأيمان من الجانبين، مقرونة بلعن من زوج وغضب من زوجة، قائمة مقام حد قذف إن كانت محصنة أو تعزير إن لم تكن كذلك في جانبه، و قائمة مقام حبس من جانبها[٥].

---

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور ٥/٤٠٤٤، المصباح المنير ٢/٧٦١.

(٢) القاموس الفقهي لغة واصطلاحا لسعدي أبو جيب ص ٣٣٠، وانظر: العناية شرح الهداية ٤/٢٧٨ الجوهرة النيرة ٢/٦٩.

(٣) حدود ابن عرفة (ل ع ن).

(٤) شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٤/٣٣٦.

(٥) انظر: شرح منتهى الإرادات ٣/١٧٩.

ويفهم من خلال عبارة ابن حزم في المحلى خصوصا في التطبيقات أن اللعان أيمان لا شهادات[١].

وعند الإباضية: يمين الزوج على زوجته بزنا، أو نفي نسب، ويمين الزوجة على تكذيبه[٢].

وعند الإمامية: المباهلة بين الزوجين في إزالة حدٍّ، أو نفي ولد، بلفظ مخصوص عند الحاكم[٣].

ومن بين هذه التعريفات نشأ الضابط بصيغته الخلافية هذه.

وخلاصة الضابط: أن اللعان اجتمع في صيغته الأيمان والشهادات لكن وقع خلاف بين الفقهاء في أيهما يغلب على الآخر ويرجح عليه بحيث تختلف الأحكام المترتبة على ذلك كما هو مبين في التطبيقات.

أدلة الضابط:

أدلة القائلين بأن ألفاظ اللعان أيمان مؤكدات بشهادات:

١- قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ [النور: ٦].

فوجه الدليل من الآية: أنه قرن بلفظ الشهادة قوله: ﴿بِٱللَّهِ ۙ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾، وهذا معنى اليمين فإن اليمين قد يقال فيها أشهد بالله لقد كان كذا وكذا، والثاني أنه أقسم على فعله، والشاهد لا يشهد على فعله، ووجه ثالث أنه لا خلاف أن يدفع به عن نفسه الحد عندنا (المالكية) والحبس عند أبي حنيفة،

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٩/٣٣١.

(٢) شرح النيل وشفاء العليل ٧/٣٥٦.

(٣) الروضة البهية لزين الدين بن علي العاملي الجبعي ١/١٨١.

وهو عنده عذاب، وهذا حكم اليمين[١].

٢- ما روي عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهم «أن رسول الله ﷺ لاعن بين هلال بن أمية وزوجته ثم ولدت على شبه الذي قذفت به فقال النبي ﷺ: «لولا الأيمان لكان لي ولها شأن»[٢].

وجه الاستدلال في الحديث: أنه ﷺ سمى اللعان أيمانا لا شهادة فدل أنه يمين لا شهادة.

٣- ما روى نافع عن ابن عمر «أن رجلا من الأنصار قذف امرأته، فأحلفهما النبي ﷺ ثم فرق بينهما»[٣].

وجه الاستدلال في الحديث: أنه ﷺ فرق بين المتلاعنين بعد أن أحلفهما، مما يدل على أن ألفاظ اللعان أيمان مؤكدات بالشهادات، لا شهادات مؤكدات بأيمان.

٤- ولأن اللعان يصح من الفاسق والأعمى، ولو كان شهادة لما صح منهما[٤].

٥- ولأن الملاعن يدرأ بلعانه الحد عن نفسه، وشهادته لنفسه غير مقبولة[٥].

أدلة القائلين بأن ألفاظ اللعان شهادات مؤكدات بأيمان:

١- قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ

(١) المنتقى شرح الموطأ للباجي ٧٦/٤.

(٢) رواه أحمد ٣٦/٤ (٢١٣١)، وأبو داود ٢٤٤/٢ (٢٢٥٨) وأصله في الصحيحين.

(٣) رواه البخاري ٥٣/٧ (٥٣٠٦).

(٤) شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣٣٦/٤.

(٥) شرح البهجة الوردية لزكريا الأنصاري ٣٣٦/٤.

أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ﴾ ووجه الاستدلال بالآية الكريمة من وجهين:

أحدهما: أنه تعالى سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء؛ لأنه استثناء من الشهداء بقوله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ﴾ والمستثنى من جنس المستثنى منه.

والثاني: أنه سمى اللعان شهادة نصا بقوله عز وجل ﴿فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ ﴿وَٱلْخَٰمِسَةُ﴾ أي الشهادة الخامسة وقال تعالى في جانبها ﴿وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍۭ﴾ ﴿وَٱلْخَٰمِسَةُ﴾ أي الشهادة الخامسة، إلا أنه تعالى سماه شهادة بالله تأكيدا للشهادة باليمين[1].

٢- والدليل على أنه شهادة أنه شرط فيه لفظ الشهادة وحضرة الحاكم[2].

تطبيقات الضابط:

١- إذا أكذب الملاعن نفسه بعد نفيه الولد، وبعد وقوع اللعان، فإنه يلحقه نسب ذلك الولد، سواء كان الولد حيا أو ميتا، غنيا أو فقيرا، لأن اللعان يمين أو بينة، فإذا أقر بما يخالف ذلك، أخذ بإقراره[3].

٢- يشترط في اللعان أمر القاضي به، مع تلقينه كلماته من الجانبين، فإذا حضر المتلاعنان بين يديه بدأ الرجل بالأيمان، فيلقنه القاضي قائلا: قل أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا فيتبعه الزوج فيه، وذلك أن اللعان يمين فلا يعتد بها قبل استحلاف الحاكم أو من

---

(١) بدائع الصنائع ٣/٢٤٢- ٢٤٣.

(٢) المرجع السابق ٣/٢٤٢- ٢٤٣.

(٣) انظر: كشاف القناع ٥/٤٠٤، مطالب أولي النهى ٥/٥٤٦.

ينوب عنه وإن كان فيها شائبة الشهادة، أو شهادة فهي لا تؤدى إلا بإذنه أيضا[١].

٣- إذا قذف الرجل نساءه الأربع ثم أراد اللعان، فعليه أن يلاعن لكل واحدة لعانا مفردا ويبدأ بلعان التي تبدأ بالمطالبة، فإن طالبن جميعا وتشاححن بدأ بإحداهن بالقرعة، وإن لم يتشاححن بدأ بلعان من شاء منهن، ولو بدأ بواحدة منهن من غير قرعة مع المشاحة صح ويحتمل أن يجزئه لعان واحد، فيقول: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتي هؤلاء الأربع من الزنا، وتقول كل واحدة: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنى، لأنه يحصل المقصود بذلك، والأول أصح؛ لأن اللعان أيمان فلا تتداخل لجماعة كالأيمان في الديون[٢].

٤- يصح اللعان من كل زوجين مكلفين ـ بالغين عاقلين ـ سواء كانا مسلمين أو كافرين أو عدلين أو فاسقين أو محدودين في قذف أو كان أحدهما كذلك[٣] أو كان بأحدهما عمى[٤] بناء على أن كلمات اللعان أيمان لا شهادات، أما عند الحنفية فلا يصح لعان الكافر، ولا المحدود في القذف، ولا الفاسق، لأنهم ليسوا من أهل الشهادة، واللعان ـ عند الحنفية ـ شهادات مؤكدات بالأيمان[٥].

---

(١) انظر: حاشيتي قليوبي وعميرة ٤/٣٥، الروضة البهية ١/١٨١.

(٢) انظر: أنوار البروق للقرافي ٤/٢٠٣- ٢٠٤، المغني لابن قدامة ٨/٧٢، كشاف القناع ٥/٣٩٣-٣٩٤.

(٣) المغني لابن قدامة ٨/٤١، وانظر: أسنى المطالب ٣/٣٨٠، المحلى لابن حزم ٩/٣٣١.

(٤) انظر: المنتقى شرح الموطأ للباجي ٤/٧٦.

(٥) انظر: بدائع الصنائع ٣/٢٤٢- ٢٤٣.

٥- يصح لعان الأخرس وقذفه وتصرفاته إذا أفهم غيره بالإشارة أو الكتابة؛ لأنهما في حقه كالنطق، وليس ذلك كالشهادة منه؛ لضرورته إليه دونها؛ لأن الناطقين يقومون بالشهادة ولأن المغلب في اللعان معنى اليمين دون الشهادة[١]، وعند الحنفية لا يجوز لعانه؛ لأن الأخرس ليس من أهل الشهادة؛ إذ الشهادة لا تتأتى منه، واللعان شهادات مؤكدات بالأيمان[٢].

٦- لو كان أحد المتلاعنين كاذبا، فإن الكفارة تلزمه؛ لأن اللعان يمين لا شهادة[٣].

الحسين أحمد درويش

* * *

(١) انظر: أسنى المطالب ٣/ ٢٨٤، حاشية الجمل ٤/ ٤٣٣.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣/ ٢٤٢- ٢٤٣.

(٣) انظر: حاشية الجمل ٤/ ٤١٥.



رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٢٩

نص الضابط: كُلُّ مَا يُسْقِطُ اللِّعَانَ بَعْدَ وُجُوبِهِ يُبْطِلُ الحُكمَ بَعْدَ وُجُودِهِ قَبلَ التَّفْرِيق[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- لو حدث بالزوجين أو بأحدهما بعد اللعان ما يمنع منه قبل تفريق الحاكم بطل اللعان[٢].

٢- متى وجد من الزوجين أو من أحدهما بعد اللعان ما يمنع من اللعان قبل ذلك لم يبقيا متلاعنين[٣].

صيغ ذات علاقة :

١- الأصل أن بقاء الزوجين على حال اللعان شرط بقاء حكم اللعان فإن بقيا على حال اللعان بقي حكم اللعان وإلا فلا[٤]. (بيان).

٢- كل ما يمنع وجوب اللعان إذا اعترض بعد وجوبه يسقط[٥]. (مكمل).

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ٣/٢٤٨.
(٢) انظر: الفتاوى الهندية ١/٥١٧.
(٣) انظر: المرجع السابق ١/٥٢٠.
(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣/٢٤٨- ٢٤٩.
(٥) المرجع السابق ٣/٣٨١.

شرح الضابط :

هذا الضابط خاص بالحنفية وهو يوضح الأحكام المتعلقة بطُرُوِّ ما يخل بالأهلية في اللعان ومما لا شك فيه أن طرو ما يفقد أهلية المتلاعنين مؤثر في اللعان، لكن ما مدى درجة تأثيره؟

والجواب عن ذلك أنه إذا حصل موجب اللعان بأن قذف رجل امرأته وهما سالمان من كل المؤثرات، ثم طرأ عليهما أو على أحدهما ما تسقط به أهليته، فإن الأمر لا يخلو من حالين:

أولاً : حصول ذلك بعد وجوب اللعان وقبل انعقاده.

ثانيًا : حصوله بعد وجوب اللعان وانعقاده، لكن قبل تفريق الحاكم بين المتلاعنين.

فأما ما يسقط اللعان بعد وجوبه فقط، فقد قرر الحنفية أن اللعان يسقط بما يأتي[1]:

١- طرو عدم أهلية اللعان أو ما يمنع وجوب اللعان من أصله: فكل ما يمنع وجوب اللعان إذا طرأ بعد وجوبه يسقطه كما في التطبيقات، وفي هذه الحالة لا يجب الحد، وإذا وجب سقط بهذه العوارض لانتفاء أهلية اللعان؛ لأن اللعان شهادة، ولا بد من بقاء صفة الشهادة إلى إصدار الحكم.

٢- البينونة بالطلاق أو الفسخ أو الموت: فإذا طلق الزوج امرأته بعد القذف، أو فسخ الزواج بسبب، أو مات أحد الزوجين، سقط اللعان والحد، أما سقوط اللعان فلزوال الزوجية، لأن قيام الزوجية شرط في إجراء اللعان كما تقدم، وأما عدم وجوب الحد، فلأن القذف أوجب اللعان، فلم يوجب الحد.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٤٣/٣ وما بعدها، الدر المختار مع رد المحتار ٨٠٩/٢ .

٣- موت شاهد القذف أو غيبته: يسقط اللعان بموت شاهد القذف وغيبته، إذ موت الشاهد أو غيابه يمنع القيام بشهادته.

٤- تكذيب الزوج نفسه، أو تصديق المرأة الزوج في القذف: فلو أكذب الزوج نفسه سقط اللعان، لتعذر الإتيان به، إذ من المحال أن يؤمر أن يشهد بالله إنه لمن الصادقين، وهو يقول: إنه كاذب، ويجب عليه حد القذف، لأن القذف صحيح.

ولو صدقت المرأة الزوج في القذف يسقط اللعان أيضًا لتعذر الإتيان به؛ لأنها أكذبت نفسها في الإنكار، لكن لا حد عليها؛ لأن اللعان لو وجب لا يثبت الزنا عليها، فلا تزول عفتها باللعان، فلا تحد حد الزنا هنا بالأولى لسقوط اللعان.

وأما ما يسقط به حكم اللعان بعد انعقاده، فكل ما يسقط اللعان بعد وجوبه، يبطل به حكم اللعان (أي أثره) بعد وجوده، قبل التفريق كما في التطبيقات أيضا، حتى لا يفرق الحاكم بينهما، ويبقيان على زواجهما.

وهذا خاص بالحنفية ومن وافقهم من الزيدية القائلين باشتراط حكم الحاكم في التفريق بين المتلاعنين[(١)].

وذلك لأن الأصل عندهم أن بقاء الأهلية في الزوجين إلى وقت اللعان شرط بقاء حكم اللعان؛ لأن اللعان عندهم شهادة، ولا بد من بقاء الشاهد على صفة الشهادة إلى وقت إصدار الحكم القضائي، فإذا زالت صفة الشهادة بهذه العوارض، فلا يجوز للقاضي التفريق.

وهذا الضابط مرتبط بضابط آخر محل خلاف بين العلماء وهو: «هل

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/٢٤٨- ٢٤٩، شرح النيل ٧/٣٦٤.

المغلب في اللعان الأيمان أو الشهادة؟»[(١)]، فالجمهور على تغليب الأيمان في اللعان، والحنفية ومن وافقهم قالوا بتغليب الشهادات على الأيمان، معللين جميع تطبيقاته بأن اللعان شهادات لا أيمان.

أدلة الضابط:

أولاً: الأصل أن بقاء الزوجين على حال اللعان من الأهلية شرط بقاء حكم اللعان؛ لأن اللعان شهادة ولا بد من بقاء الشاهد على صفة الشهادة إلى أن يتصل القضاء بشهادته حتى يجب القضاء بها، وقد زالت صفة الشهادة بهذه العوارض، فلا يجوز للقاضي التفريق[(٢)].

ثانيًا: أن الزوجين لم يبقيا متلاعنين لا حقيقة؛ لأن الحقيقةَ التلاعنُ حين وقوعه، ولا حكما؛ لزوال الأهلية التي كان التلاعن باقيا بها حكما بعد وقوعه[(٣)].

تطبيقات الضابط:

١- إذا جن المتلاعنان أو جن أحدهما بعد حصول اللعان وقبل تفريق الحاكم أو القاضي بينهما، بطل حكم اللعان، وبقيا على حالهما من الزوجية، ولم يجز للحاكم التفريق بينهما بحكم اللعان، لفقدان الأهلية بحصول الجنون، وهو مسقط للعان، وكل ما يسقط اللعان بعد وجوبه يبطل الحكم بعد وجوده قبل التفريق[(٤)].

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ١/٥٣٤.
(٢) انظر: بدائع الصنائع ٣/٢٤٨- ٢٤٩.
(٣) انظر: رد المحتار ٣/٤٩٠.
(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/٢٤٨- ٢٤٩.

٢- إذا طرأ على الزوجين أو أحدهما خرس بعد اللعان وقبل تفريق الحاكم بينهما، بطل حكم اللعان، وبقيا على حكم الزوجية؛ لأن طرو الخرس في اللعان مسقط عند الحنفية للفرقة والحد، وكل ما يسقط اللعان بعد وجوبه يبطل الحكم بعد وجوده قبل التفريق[١]؛ لأن اللعان شهادة ولا بد من بقاء الشاهد على صفة الشهادة إلى أن يتصل القضاء بشهادته حتى يجب القضاء بها، وقد زالت صفة الشهادة بالخرس قبل حكم القاضي بالتفريق، فلم يجز للقاضي التفريق بعد ذلك[٢].

٣- إذا ارتد الزوجان أو أحدهما بعد انعقاد اللعان، وقبل تفريق الحاكم بينهما، بطل حكم اللعان؛ لأن طرو الردة في اللعان مما يسقط أحكامه، وكل ما يسقط اللعان بعد وجوبه يبطل الحكم بعد وجوده قبل التفريق[٣].

٤- إذا حُدَّ الزوجان أو أحدهما حد القذف قبل التفريق بينهما في اللعان، بطل حكم اللعان ولم يبطل حكم الزوجية؛ لأن حدَّ القذف قبل التفريق مسقط للعان، وكل ما يسقط اللعان بعد وجوبه يبطل الحكم بعد وجوده قبل التفريق[٤].

٥- إذا وطئت المرأة وطءا حراما بعد انعقاد اللعان وقبل الحكم بالتفريق بين المتلاعنين، فإنه يبطل اللعان، ولا تبطل الزوجية؛ لسقوط حكم اللعان بطرو الوطء الحرام[٥]، لأن زناها دليل على صدق الزوج فيما

---

(١) انظر: المرجع السابق ٣/٢٤٨- ٢٤٩.
(٢) انظر: المرجع السابق ٣/٢٤٨.
(٣) انظر: بدائع الصنائع ٣/٢٤٨- ٢٤٩.
(٤) انظر: المرجع السابق ٣/٢٤٨- ٢٤٩.
(٥) انظر: المرجع السابق ٣/٢٤٨- ٢٤٩.

رماها به[١] وكل ما يسقط اللعان بعد وجوبه يبطل الحكم بعد وجوده قبل التفريق.

٦- إذا أكذب أحد المتلاعنين نفسه بعد اللعان وقبل الحكم بالتفريق بينهما، بطل اللعان وبقيا زوجين؛ لأن تكذيبه نفسه مسقط للعان، وكل ما يسقط اللعان بعد وجوبه يبطل الحكم بعد وجوده قبل التفريق[٢].

الحسين أحمد درويش

* * *

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٤٢/٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢٤٨/٣- ٢٤٩.

ضوابط باب الظهار



رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٣٠

نص الضابط: كُلُّ مَنْ صَحَّ طَلَاقُهُ صَحَّ ظِهَارُهُ[(١)].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل شخص لا يصح طلاقه لا يصح ظهاره وكل شخص لا يصح ظهاره لا يصح طلاقه[(٢)].

٢- كل زوج صح طلاقه صح ظهاره[(٣)].

٣- الظهار جائز من كل من جاز طلاقه[(٤)].

٤- من ملك الطلاق ملك الظهار[(٥)].

صيغ ذات علاقة:

١- ما لا يقع الطلاق بإضافته إليه لا يتعلق الظهار به[(٦)]. (قيد).

٢- الظهار والطلاق لا يدخلان قبل الملك[(٧)]. (قيد).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٦/٢٣١، وانظر: البحر المحيط للزركشي ٧/٣٩٠، المجموع للنووي ١٠/١١٦، المغني لابن قدامة ٨/٤.

(٢) التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ٣/٢٨٧.

(٣) كشاف القناع للبهوتي ٥/٣٧١.

(٤) صنوان القضاء للأشفورقاني ٣/٣٣.

(٥) الحاوي للماوردي ١٣/٢٨٣.

(٦) الأحكام للهادي إلى الحق ١/٤٦٣.

(٧) الحاوي للماوردي ١٣/٢٨٣.

شرح الضابط :

الظهار : مشتق من الظهر، وإنما خصوا الظهر بذلك من بين سائر الأعضاء؛ لأن كل مركوب يسمى ظهرا، فشبهوا الزوجة بذلك[١].

ومفاد الضابط أن الطلاق والظهار عقدان تترتب على آثارهما مجموعة من الأحكام المنضوية تحت الفرقة، فكان من شرطهما حصول أهلية الزوج الذي له الحق في حل العصمة الزوجية عن طريقهما، وذلك من باب التلازم والارتباط بينهما؛ ولهذا ألحقت شروط المظاهر بشروط المطلق.

ومن هنا ذهب الجمهور إلى عدم صحة الظهار إلا لمن يصح منه الطلاق، فلم يجيزوه لفاقد الأهلية جملة وإن اختلفوا في التفصيل كما هو موضح في التطبيقات.

أدلة الضابط :

١- لأن الطلاق نظير الظهار، فيدل أحدهما على الآخر[٢] من باب ثبوت التلازم بينهما عن طريق الاطراد الشرعي «الاستقراء»[٣].

٢- ولأن الظهار نظير الطلاق حيث كان قولا يختص الزواجَ دالا على الإعراض عن الزوجة[٤].

٣- ولأن القصد إلى ما وضع له التصرف شرط جوازه[٥] وفاقد الأهلية لا قصد له حتى يصح تصرفه.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٨/٣.

(٢) المجموع للنووي ١٠/١١٦.

(٣) التقرير والتحبير ٣/٢٨٧.

(٤) انظر: الواضح لابن عقيل ١/٤٩، ٦٢، ٧٢، ٢٧٥، كشاف القناع للبهوتي ٥/٣٧١.

(٥) بدائع الصنائع للكاساني ٧/١٨٢.

تطبيقات الضابط :

١- لا يصح الظهار من الصّبيّ لأنه لا يصح طلاقه، وإلى هذا ذهب كل من الحنفية والمالكية والشافعية والزيدية والإباضية والإمامية[(١)].

وذهب الحنابلة إلى صحة ظهار الصبي المميز قياسا على صحة طلاقه عندهم[(٢)].

وكلا الرأيين جار على الضابط.

٢- لا يصح الظهار من المجنون حال جنونه لأنه لا يصح منه الطلاق أيضا، لأنّ العقل أداة التّفكير ومناط التّكليف وهو غير متحقّق في المجنون ومن في حكمه من معتوه، ومبرسم، ومدهوش، ومغمى عليه، ونائم[(٣)].

٣- من شرب المسكر باختياره من غير حاجة أو ضرورة حتّى سكر، فقد اختلف الفقهاء في اعتبار ظهاره بناءً على اختلافهم في اعتبار طلاقه،

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ١٩٤/٢- ١٩٥، المدونة الكبرى لسحنون ٤٣٩/٢، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣/٨، البحر الزخار لابن المرتضى ١٦٦/٤، الروضة البهية للجبعي ١٣/٢، شرح النيل لأطفيش ٥٠٤/٧- ٥٠٥.

(٢) انظر: الإنصاف للمرداوي ١٩٧/٩- ١٩٨.

وفرق بعض العلماء بين الطلاق والظهار بالنسبة للصبي، فقالوا بعدم صحته للصبي في الظهار قياسا على الإيلاء، لأنّ الظهار يمين مكفرة فلم ينعقد في حق الصبي كاليمين، ولأن حكمه التّحريم، وخطاب التّحريم مرفوع عن الصّبيّ حتّى يبلغ لقول النّبيّ ﷺ: "رفع القلم عن ثلاثة: عن المجنون حتّى يبرأ، وعن النّائم حتّى يستيقظ وعن الصّبيّ حتّى يعقل" أخرجه أبو داود ٥٥٨/٤ - ٥٥٩، والحاكم ٥٩/٢ من حديث ابن عباس وصححه الحاكم ووافقه الذهبي انظر: كشاف القناع ٣٧٢/٥.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي ١٩٤/٢- ١٩٥، المدونة الكبرى لسحنون ٨٤/٢، الفواكه الدواني للنفراوي ٤٤/٢، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٣/٨، الإنصاف ١٩٩/٩، المحلى لابن حزم ٤٧١/٩، البحر الزخار لابن المرتضى ١٦٦/٤، الروضة البهية للجبعي ١٣/٢، شرح النيل لأطفيش ٥٠٤/٧.

فمن قال منهم باعتبار طلاقه قال باعتبار ظهاره، وهم أكثر الحنفيّة، ومالك، والشّافعيّ وأحمد في رواية، لأنّه لمّا تناول المحرّم باختياره كان متسبّبًا في زوال عقله، فيجعل عقله موجودًا حكمًا عقوبةً له وزجرًا عن ارتكاب المعصية[١].

ومن قال من الفقهاء بعدم اعتبار طلاق السّكران قال لا يعتبر ظهاره، وهم: زفر من الحنفيّة، وأحمد في رواية، وهو منقول عن عثمان بن عفّان وعمر بن عبد العزيز حجّتهم في ذلك أنّ صحّة التّصرّف تعتمد على القصد والإرادة الصّحيحة، والسّكران قد غلب السّكر على عقله فلا يكون عنده قصد ولا إرادة صحيحة، فلا يعتدّ بالعبارة الصّادرة منه، كما لا يعتدّ بالعبارة الصّادرة من المجنون والنّائم والمغمى عليه[٢].

٤ - لا يلزم ظهار المكره لأنه لا يلزم طلاقه، وبه قال المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية والزيدية، والإمامية وهو قول مرجوح عند الحنفية[٣].

الحسين أحمد درويش

* * *

---

(١) انظر: الهداية مع فتح القدير ٣/٤٠، بدائع الصنائع ٣/٢٣٠، رد المحتار ٣/٤٦٦، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٢/٤٣٩، مغني المحتاج ٣/٣٥٣، المغني لابن قدامة ٧/١١٤، ٢٣٨، شرح النيل ٧/٩٢، التاج المذهب ٢/٢٤٣.

(٢) انظر: الهداية مع فتح القدير ٣/٤٠، بدائع الصنائع ٣/٩٩، المغني لابن قدامة ٧/١١٤- ١١٥، شرائع الإسلام ٣/٤٧.

(٣) انظر: المدونة ٢/٤٣٩، تحفة المحتاج ٨/٣١، كشاف القناع ٥/٢٣٦، المحلى ٩/٤٦٢، البحر الزخار ٤/١٦٦- ١٦٧، الروضة البهية ٦/كتاب الطلاق، تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي ٢/١٩٤- ١٩٥، مذهب الإباضية والراجح من مذهب الحنفية هو وقوع الطلاق لازما من المكره انظر: شرح النيل ٧/٣٩٧، تبيين الحقائق مع حاشية الشلبي ٢/١٩٤- ١٩٥.

ضوابط باب العدة

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٣١

نص الضابط: كلُّ فُرقةٍ مِنْ طَلاق أو فَسْخٍ بعد الوَطْء تُوجِبُ العِدَّة[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- عدة كل من يلحقها خلع، أو لعان، أو فسخ نكاح كعدة المطلقة سواء[٢].

٢- كل فرقة بين زوجين فعدتها عدة الطلاق[٣].

٣- العدة لا تختص بالطلاق فحسب[٤].

صيغ ذات علاقة :

١- العدة لا تكون إلا من طلاق[٥]. (قيد).

٢- كل فرقة عدتها ثلاث حيض[٦]. (بيان).

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ٤٧٩/١.
(٢) انظر: الكافي لابن عبد البر ٦٢١/٢.
(٣) المغني لابن قدامة ١٩٥/١١.
(٤) مجمع الأنهر لشيخي زاده ٤٠٢/١.
(٥) مجموع فتاوى ابن تيمية ١١٢/٣٢.
(٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٣٤/٣٢.

شرح الضابط :

المراد بالعدة : هي تربص يلزم المرأة عن زوال النكاح المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه، وحقيقة التربص هنا: لزوم ترك الزواج والزينة في مدة معينة شرعا[(١)]، وهي مشروعة لمعرفة براءة رحم المرأة من علوق حمل به، أو للتعبد كعدة المرأة المتفجعة بوفاة زوجها[(٢)].

هذا الضابط يتناول موجبات العدة على المرأة، وقد قال به جمهور الفقهاء[(٣)] ولم يخالفهم في ذلك إلا الظاهرية فرأوا أن سائر وجوه الفسخ بين الزوجين لا عدة على المرأة فيها، ويمكن للنساء أن ينكحن ساعة الفسخ[(٤)] ويمكننا تفصيل كلام جمهور الفقهاء عن الأسباب التي توجب العدة على المرأة في النقاط التالية:

١- العدة تجب على المرأة بالفرقة بين الزوجين بعد الدخول بسبب الطلاق أو الفسخ أو الموت.

٢- وتجب العدة أيضًا بالتفريق للوطء بشبهة، كالموطوءة في زواج فاسد؛ لأن وطء الشبهة والزواج الفاسد كالوطء في الزواج الصحيح في شغل الرحم ولحوق النسب بالواطئ، فكان مثله فيما تحصل به براءة الرحم، كيلا تختلط الأنساب.

ولا فرق في وجوب العدة بأحد السببين السابقين بين أن تكون الفرقة بسبب طلاق أو فسخ، فكل فرقة تقع بين الزوجين عدتها عدة الطلاق

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٤/٣٠٧.

(٢) انظر: الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٤/٣٤٣.

(٣) انظر: الجوهرة النيرة للعبادي ٢/٧٣، الكافي لابن عبد البر ٢/٦٢١، مغني المحتاج للشربيني ٥/٧٨، المغني (١١/١٩٥)، التاج المذهب للعنسي الصنعاني ٤/٢٢٢- ٢٢٣، شرائع الإسلام للحلي ٣/٢٤، شرح النيل لأطفيش ٧/٤٣١.

(٤) انظر: المحلى لابن حزم ١٠/٢٦.

عند أكثر العلماء، سواء كانت تلك الفرقة بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو إعسار نفقة أو اختلاف دين، وكذا المرتدة وامرأة المرتد، أو نحو ذلك من أنواع فسخ النكاح[1] فكل فرقة من طلاق أو فسخ بعد الوطء توجب العدة[2].

ولا تجب عدة الطلاق قبل الدخول؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

٣- كما تجب العدة كذلك بالاتفاق بعد وفاة الزوج في العقد الصحيح، ولو قبل الدخول أو الوطء أو كانت الزوجة صغيرة، أو كان الزوج صبيًّا؛ لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤].

٤- وأما الخلوة الصحيحة بين الزوجين فقد تنوعت أنظار الفقهاء في وجوب العدة بها، فذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة إلى أنه تجب العدة على المطلقة بالخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح دون الفاسد، فلا تجب العدة في النكاح الفاسد إلا بالدخول، وذهب الشافعية إلى أن العدة لا تجب بالخلوة المجردة عن الوطء[3].

والعدة ثلاثة أنواع: عدة بالأقراء، وعدة بالأشهر، وعدة بوضع الحمل[4].

---

(١) المغني ١١/١٩٥، الكافي لابن عبد البر ٢/٦٢١.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ١/٤٧٩.

(٣) انظر تفصيل مذاهب العلماء في: شرح ضابط "كل موضع صحت الخلوة وتأكد المهر وجبت العدة".

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣/١٩١.

أولاً عدة المرأة بالأقراء:

فذهب جمهور الفقهاء إلى أن عدة المرأة الحرة ذات الأقراء وهي من لها حيض وطهر صحيحان ثلاثة قروء، فتعتد بالأقراء وإن تباعد حيضها وطال طهرها؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وذلك في المدخول بها في النكاح الصحيح أو الفاسد عند جمهور الفقهاء خلافا للشافعية في الجديد(١).

المقصود بالقروء: القروء والأقراء جمع قرء - بضم القاف وفتحها: وهو لفظ مشترك بين الطهر والحيض، حسب رأي الفقهاء(٢).

ثانيًا عدة المرأة بالأشهر:

ذهب الفقهاء إلى أن العدة بالأشهر تجب في حالتين(٣):

المرأة المطلقة أو ما في معناها التي لم تر دمًا ليأس أو صغر، أو بلغت سن الحيض، أو جاوزته ولم تحض، فعدتها ثلاثة أشهر بنص القرآن؛ لقوله تعالى: ﴿ وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ [الطلاق: ٤] أي: فعدتهن كذلك؛ ولأن الأشهر هنا بدل عن الأقراء، والأصل مقدر بثلاثة فكذلك البدل.

عدة الوفاة التي وجبت أصلا بنفسها، وسبب وجوبها الوفاة بعد زواج صحيح سواء أكانت الوفاة قبل الدخول أم بعده، وسواء أكانت ممن تحيض أم

---

(١) انظر: البدائع٣/١٩٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير٢/٤٦٩، مغني المحتاج ٣/٣٨٤- ٣٨٦، كشاف القناع للبهوتي ٥/٤١٧.

(٢) انظر: الكتاب للقدوري مع اللباب ٣/٨٠، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٣٥، مغني المحتاج ٣/٣٨٥، المغني ٧/٤٥٢.

(٣) انظر: البدائع ٣/١٩٢، حاشية الدسوقي ٢/٤٧٠، روضة الطالبين ٨/٣٧٠، المغني لابن قدامة مع الشرح ٩/٨٩، ١٠٦، تفسير القرطبي ١٨/١٦٢.

لا، بشرط ألا تكون حاملا ومدتها أربعة أشهر وعشرة أيام لعموم قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] وقول الرسول ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال، إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا»[(١)] وقدرت عدة الوفاة بهذه المدة؛ لأن الولد يكون في بطن أمه أربعين يوما نطفة، ثم أربعين يوما علقة، ثم أربعين يوما مضغة، ثم ينفخ فيه الروح في العشر، فأمرت بتربص هذه المدة ليستبين الحمل إن كان بها حمل.

ثالثًا العدة بوضع الحمل[(٢)]:

ذهب الفقهاء إلى أن الحامل تنقضي عدتها بوضع الحمل، سواء أكانت عن طلاق أم وطء شبهة؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] ولأن القصد من العدة براءة الرحم، وهي تحصل بوضع الحمل.

والركن الواجب في العدة: هو التزام المرأة بحرمات ثابتة بسبب العدة يحرم عليها مخالفتها، كحرمة التزوج بزوج آخر، وحرمة الخروج من بيت الزوجية الذي طلِّقت فيه إلا لضرورة ملحة[(٣)].

أدلة الضابط:

١- قول الله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

---

(١) رواه البخاري ٢/٧٨ (١٢٨٠) وفي مواضع، ومسلم ٢/١١٢٣-١١٢٤ (١٤٨٦) من حديث أم حبيبة رضي الله عنها.

(٢) انظر: البدائع ٣/١٩٢، ١٩٦، حاشية الدسوقي ٢/٤٧٤، روضة الطالبين ٨/٣٧٣، المغني لابن قدامة مع الشرح ٩/١١٠.

(٣) انظر: الدر المختار للحصكفي ٢/٨٢٥.

٢- ولأن كل فرقة بين الزوجين بغير طلاق فهي مفارقة في الحياة، فأشبهت المطلقة، فكانت ثلاثة قروء[١].

تطبيقات الضابط:

١- المختلعة تعتد مثل المطلقة بثلاث حيض[٢].

٢- الملاعنة تعتد ممن لاعنها عدة المطلقة[٣].

٣- إذا فسخ النكاح بين الزوجين بعيب من عيوب النكاح فإن المرأة تعتد عدة المطلقة[٤].

٤- إذا صار الزوج لا يستطيع الإنفاق على زوجته وفرق القاضي بينهما بسبب إعسار الزوج، فإن المرأة تعتد عدة المطلقة[٥].

استثناءات من الضابط:

الحربية إذا سُبِيَت وزوجها حربي، فلا يلزمها العدة بل الاستبراء بحيضة لعموم الأخبار في استبراء المَسْبِيَّات[٦].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: المغني ٨/٧٩.
(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٢/٣٣٥.
(٣) انظر: المغني ٨/٧٩.
(٤) انظر: المغني ٨/٧٩.
(٥) انظر: المغني ٨/٧٩.
(٦) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ١/٤٧٩.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٣٢

نص الضابط: كُلُّ مَعْنًى أَوْجَبَ كَمَالَ الْـمَهْرِ أَوْجَبَ العِدَّةَ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- كل موضع وجب فيه الصداق أجمع وجبت فيه العدة[٢].

٢- كلما وجب للمرأة كامل الصداق عند مفارقة زوجها فإنه يتحتم عليها أن تعتد بعد هذا الفراق، بينما لا عدة عليها لو كان الواجب لها نصف الصداق[٣].

٣- حيث لم يجب الصداق أجمع أو لم يجب إلا نصفه فلا عدة فيه[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- الدخول بالزوجة على النكاح يوجب العدة عند الفرقة[٥]. (أخص).

٢- الخلوة كالدخول في حق تكميل المهر ووجوب كمال العدة[٦]. (أخص).

---

(١) التجريد للقدوري ١٠/٥٣٠٣.

(٢) أصول الفتيا للخشني ١/١٨٢.

(٣) الكليات الفقهية لابن غازي ١/٢٩٤.

(٤) أصول الفتيا ١/١٨٢.

(٥) أحكام القرآن للجصاص ٢/٣١٣.

(٦) العناية للبابرتي ٤/٣٣٣.

٣- الموت في تقرير المهر كالدخول فكذا في العدة[١]. (أخص).

٤- طلاق غير المدخول بها لا يوجب العدة[٢]. (تفرع).

٥- كل نكاح قد وجب عليها فيه العدة وجب أن يكمل لها فيه جميع المهر[٣]. (تكامل).

شرح الضابط :

هذا الضابط يبرز وجه الارتباط بين وجوب جميع المهر وبين وجوب العدة، ومفاده أنه حيثما وجب على الزوج إعطاء المهر كله لانعقاد معناه وجبت العدة إذا وقعت الفرقة بين الزوجين، وحيثما لم يتقرر المهر جميعه فإنه لا يفرض على الزوجة باعتبار الأصل عدة إذا وقعت الفرقة بين الزوجين، ويتضح معنى هذا الضابط ومجال جريانه من خلال بيان أحوال وجوب المهر وتأكده وتنصيفه وسقوطه.

ولقد اتفق الفقهاء[٤] على أن المهر يجب بنفس العقد إن كان الزواج صحيحًا، والواجب في هذه الحالة هو المهر المسمى - يعني الذي تم تحديده من قِبَل الزوج وولي المرأة وتم الاتفاق عليه - إن كانت التسمية صحيحة، أو يكون الواجب مهر المثل إن لم تكن هناك تسمية، أو كانت التسمية فاسدة، أو كان هناك اتفاق على نفي المهر، إلا أن المالكية يرون أن المرأة تملك نصف المهر بالعقد.

(١) أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/ ٤٠٠.

(٢) شرح التلويح للتفتازاني ١/ ٢٣٧.

(٣) انظر: الحاوي الكبير للماوردي ١٢/ ٥٤٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/ ٢٨٧، القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٠٢، المهذب للشيرازي ٢/ ٥٧، كشاف القناع للبهوتي ٥/ ١٥٦.

أما إذا كان عقد الزواج فاسدا، أو وقع الوطء بشبهة كالمزفوفة إليه امرأةٌ غيرُ زوجته، وقال له النساء: إنها زوجتك، فإنه والحالة هذه يجب مهر المثل بالدخول الحقيقي - يعني بالوطء - وجوبًا مؤكدا لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء.

الأحوال التي يتأكد فيها المهر(١):

١- اتفق الفقهاء على أن المهر يتأكد وجوبه في العقد الصحيح بالدخول الحقيقي بالزوجة، ومرادهم بالدخول الحقيقي: الوطء، ولو كان حرامًا كأن يكون ذلك في حالة الحيض أو النفاس أو الإحرام أو الصوم أو الاعتكاف؛ لاستيفاء الزوج مقابله بالدخول، فيتقرر حق الزوجة في المهر جميعه، سواء أكان مسمى في العقد أو كان مهر مثل، أم فرض بعده بالتراضي أو بقضاء القاضي، ولقوله عز وجل: ﴿وَكَيْفَ تَأْخُذُونَهُۥ وَقَدْ أَفْضَىٰ بَعْضُكُمْ إِلَىٰ بَعْضٍ﴾ [النساء: ٢١] وفسر الإفضاء بالجماع.

ويترتب على استقرار المهر بالدخول: أنه لا يسقط شيء منه بعدئذ إلا بالأداء للزوجة، أو بإبرائها الزوجَ منه.

٢- كما اتفق الفقهاء على أن المهر يتأكد بموت أحد الزوجين قبل الدخول في نكاح صحيح، فإذا مات أحد الزوجين قبل الوطء في نكاح صحيح استحقت المرأة المهر كله باتفاق الفقهاء إذا كان المهر مسمًّى في العقد؛ لأن العقد لا ينفسخ بالموت، وإنما ينتهي به، لانتهاء أمده - وهو العمر - فتَتَقَرَّرُ جميع أحكامه بانتهائه، ومنها المهر، ولإجماع الصحابة على استقرار المهر بالموت.

٣- أما في النكاح الذي لم يُسمَّ فيه المهر، ومات بعده أحد الزوجين فلا

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٩١-٢٩٥، حاشية الدسوقي ٢/٣٠٠، المهذب ٢/٥٧-٦٠، كشاف القناع للبهوتي ٥/١٦١، ١٦٨.

شيء فيه عند المالكية، قياسًا للموت على الطلاق، والطلاق قبل الدخول والخلوة وقبل تسمية المهر لا شيء فيه، فمثله الموت، وقال الجمهور: يجب فيه مهر المثل؛ لأن ابن مسعود قضى في امرأة لم يفرض لها زوجها صداقًا، ولم يدخل بها حتى مات، فقال: لها صداق مثلها، ولا وكْس ولا شطط، وعليها العدة ولها الميراث، فقال مَعْقِل بن سنان: «قضى رسول الله ﷺ في بَرْوع بنت واشق مثل ما قضيت»[1]، ولأنه عقد مدته العمر، فبموت أحدهما ينتهي، فيستقر به العوض، كانتهاء الإجارة، ومتى استقر لم يسقط منه شيء بانفساخ النكاح ولا غيره، ولأن الموت يكمل به المهر المسمى، فيكمل به مهر المثل للمفوضة كالدخول.

٣- الخلوة الصحيحة، وقد تنوعت أنظار الفقهاء في تأكد المهر بها، فرأى الحنفية والحنابلة أنه يتأكد المهر بالخلوة الصحيحة، وخالفهم المالكية والشافعية فيه[2].

٤- إقامة الزوجة سنة في بيت الزوج بعد الزفاف بلا وطء، فرأى المالكية أنه يتقرر المهر إذا تزوج رجل امرأة وزفت إليه، وأقامت عنده سنة بلا وطء، بشرط إطاقتها وبلوغه واتفاقهما على عدم الوطء؛ لأن الإقامة المذكورة تقوم مقام الوطء، ولا يتأكد المهر بها عند الشافعية، وقد تقدم أن المهر يتقرر بمجرد الخلوة الصحيحة عند الحنفية والحنابلة.

٥- يتقرر المهر كاملاً عند الحنابلة بطلاق المرأة في مرض موت الزوج المخوف قبل دخوله بها إذا طلقها فرارًا من ميراثها، ثم مات، فيتقرر عليه

---

(١) رواه أحمد ٢٥/٢٩١ (١٥٩٤٣) وفي مواضع أخر، وأبو داود ٣/٣٤(٢١٠٧)، والترمذي ٣/٤٥٠-٤٥١ (١١٤٥)، والنسائي ٦/١٢١ (٣٣٥٤)، وابن ماجه ١/٤٠٩ (١٨٩١)، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٢) انظر: تفصيل مذاهب العلماء في تأكد المهر بالخلوة الصحيحة في: شرح الضابط "الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح كالدخول".

الصداق كاملاً بالموت، لوجوب عدة الوفاة عليها في هذه الحالة، ما لم تتزوج أو ترتد[١].

من كل ما سبق بيانه يتضح أن المهر يتأكد عند الحنفية بأحد أسباب ثلاثة: الدخول، أو الخلوة الصحيحة، أو موت أحد الزوجين.

وعند المالكية بأحد أسباب ثلاثة: هي الدخول - يعني: الوطء لمُطيقة من بالغ وإن حرم - أو موت أحد الزوجين، أو إقامة سنة بعد الدخول بلا وطء بشرط بلوغه وإطاقتها.

وعند الشافعية: يستقر المهر بأحد أمرين: الوطء وإن كان حراما، أو موت أحد الزوجين.

وعند الحنابلة: يتقرر المهر بأحد أمور أربعة: الدخول، أو الخلوة، أو الموت، أو الطلاق في مرض موت الزوج قبل الدخول بالزوجة.

الأحوال التي يتنصف فيها المهر:

اتفق الفقهاء[٢] على وجوب نصف المهر للزوجة بالفرقة قبل الدخول إذا كان المهر مسمًّى حين العقد، وكانت التسمية صحيحة والفرقة جاءت من قبل الزوج؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧] وهو وارد في الطلاق، وباقي أنواع الفرق مقيس عليه؛ لأنه في معناه[٣].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٩١- ٢٩٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير٢/٣٠٠، المهذب٢/٥٧-٦٠، كشاف القناع٥/١٦١، ١٦٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٩٦، ٣٠٣، الشرح الصغير لأحمد الدردير ٢/٤٥٤، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ٣/٢٣١-٢٣٤، كشاف القناع ٥/١٦٥، ١٧١، ١٧٦.

(٣) انظر تفصيل مذاهب العلماء في: شرح الضابط "كل فرقة من طلاق أو فسخ بعد الوطء توجب العدة".

فإن لم يسم المهر في العقد أصلاً كالمفوضة، أو اتفق الزوجان على الزواج بدون مهر، أو كانت التسمية غير صحيحة، وحصلت الفرقة بتراضي الزوجين أو بحكم القاضي وكانت الفرقة قبل الدخول، وقبل الخلوة عند الحنفيـة والحنابلة، لم يجب للزوجة شيء من المهر، وإنما تجب لها المتعة؛ لأن الآية السابقة إنما وردت بتنصيف أو تشطير المسمى ووجوب المتعة لقوله تعالـى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ﴾ [البقرة: ٢٣٦] وباقي أنواع الفُرَق مقيس على الطلاق؛ لأنه في معناه.

وقال المالكية: إن فسخ النكاح أو رده الزوج بعيب في الزوجة قبل الدخول، لم يجب لها شيء، وتنوعت أنظارهم فيما إذا ردته الزوجة بعيب في الزوج، وعند الحنفية: الفرقة بغير طلاق قبل الدخول والخلوة تسقط المهر.

وحاصل مذهب الحنفية أن الذي يتنصف من المهر: هو المسمى في العقد، لا المفروض بعده ولا ما زيد على المفروض بعد العقد، والجمهور على خلافهم في المسألتين.

ومنشأ الاختلاف بين الحنفية والجمهور: هو تفسير المراد من قوله تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

فرأى الحنفية: أن المقصود منه المفروض وقت العقد لا غير؛ عملاً بالمتعارف بين الناس، وهو إطلاق المفروض على المسمى وقت العقد، ورأوا حالة أخرى يسقط فيها نصف المهر معنى والكل صورة، وهي كل طلاق تجب فيه المتعة، وهو كل فرقة جاءت من جهة الزوج قبل الدخول في نكاح لا تسمية فيه.

ورأى الجمهور: أن المقصود منه المفروض مطلقًا؛ عملاً بمقتضى اللغة؛ لأن الفرض هو التقدير، وهو يشمل كل ما قدر، سواء أكان وقت العقد أم بعده.

أدلة الضابط :

١- عن علقمة، قال: «أُتِيَ عبد الله، يعني ابن مسعود، في امرأة توفي عنها زوجها، ولم يفرض لها صداقا، ولم يدخل بها فترددوا إليه، ولم يزالوا حتى قال: إني سأقول برأي: لها صداق نسائها لا وكس ولا شطط، وعليها العدة، ولها الميراث فقام معقل بن سنان، فشهد أن رسول الله ﷺ قضى في بروع بنت واشق الأشجعية، بمثل ما قضيت ففرح عبد الله رضي الله عنه»[١] يفيد هذا الحديث أن الموت معنى يكمل به المسمى كالدخول وتجب به العدة، فدل ذلك على الارتباط بين كمال المهر ووجوب العدة[٢]، وهذا هو المعنى الذي يكشف عنه الضابط المصوغ.

تطبيقات الضابط :

١- إذا زفت المرأة إلى زوجها، ثم طلقها، وادعى أنه لم يجامعها، وقالت: إنه جامعها، فالقول في ذلك للمرأة ولها الصداق وعليها العدة إذن[٣]؛ لأن الدخول بالزوجة معنى يوجب كمال المهر فيوجب العدة.

٢- إذا أقامت الزوجة سنة كاملة في بيت زوجها بعد الزفاف، لكنه لم يطأها في هذه المدة، فلها المهر كاملا وعليها العدة إذن، وبه قال المالكية[٤].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ١٨٩/٧.

(٣) انظر: المدونة لسحنون ٢٢٩/٢.

(٤) انظر: الشرح الصغير للدردير ٤٥٤/٢.

٣- إذا توفي الزوج قبل الدخول فإن المهر يتأكد للزوجة، وعليها العدة إذن، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء[١].

٤- إذا طلق الرجل زوجته قبل الدخول، فلا يتقرر عليه المهر أجمع، ولا عدة على الزوجة إذن[٢].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: بدائع الصنائع ٢٩١/٢- ٢٩٥، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير٣٠٠/٢، المهذب٥٧/٢-٦٠، كشاف القناع ١٦١/٥، ١٦٨.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥٦/٦.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٣٣

نص الضابط: كلُّ مَوْضِعٍ صَحَّتْ فيه الخَلْوَةُ وتَأَكَّدَ المهْرُ وجبت العِدَّةُ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الخلوة توجب العدة وكمال المهر[٢].

٢- الخلوة بمجردها توجب العدة[٣].

٣- حيث وجدت شروط الخلوة وجبت العدة[٤].

صيغ ذات علاقة :

١- الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح كالدخول. (أعم).

٢- الخلوة في النكاح الفاسد لا توجب العدة[٥]. (قيد).

٣- كل معنى أوجب كمال المهر أوجب العدة[٦]. (عموم وخصوص).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٢/٤٦١.

(٢) الحاوي الكبير للماوردي ١٣/٣٣٣.

(٣) انظر: المعيار المعرب للونشريسي ٤/٣٢٨.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٢١٧.

(٥) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٣/٥٢٣.

(٦) التجريد للقدوري ١٠/٥٣٠٣، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

شرح الضابط :

١- الخَلْوَة في اللغة: من خلا المكان والشيء يخلو خُلُوًّا وَخَلاَءً، وأخْلَى المكان: إذا لم يكن فيه أحد ولا شيء فيه، وخلا الرجل بصاحبه وإليه ومعه خُلُوًّا وَخَلاَءً وَخَلْوَة: انفرد به واجتمع معه في خَلْوَة، وكذلك خلا بزوجته خَلْوَة[(١)]، وأما في الاصطلاح: فلا يخرج استعمال الفقهاء لها عن المعنى اللغوي.

وهذا الضابط يتعلق بأثر الخَلوة بين الزوجين في وجوب العدة على المرأة، وقد تنوعت أنظار الفقهاء في ذلك، فرأى جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والحنابلة والزيدية والإباضية[(٢)]: أن العدة تجب على المرأة إذا وجدت الخلوة الصحيحة بين الزوجين، وهذا في النكاح الصحيح دون الفاسد، فلا تجب العدة في النكاح الفاسد إلا بالدخول، وتوسع المالكية في إعمال هذا الضابط فرأوا وجوب العدة على المرأة بالخلوة الصحيحة حتى ولو نفى الزوجان الوطء فيها؛ لأن العدة حق الله تعالى فلا تسقط باتفاقهما على نفي الوطء.

وفي الجديد من مذهب الشافعي، وابن حزم من الظاهرية، والإمامية[(٣)]: لا تجب العدة بالخلوة المجردة عن الوطء؛ لمفهوم قوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ

---

(١) انظر: لسان العرب، ومختار الصحاح، والكليات لأبي البقاء الكفوي مادة "خلا"، والخلوة الصحيحة: وجود المرأة مع الرجل في مكان لا يمكن أن يطلع عليهما فيه أحد، كغرفة أغلقت أبوابها، وأرخيت ستورها نقلاً عن معجم لغة الفقهاء للقلعجي ١/ ٢٠٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢/ ٤٦١، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/ ٤٦٨، شرح منتهى الإرادات ٣/ ٧٦، ٨٣، البحر الزخار لابن المرتضى ٤/ ٣٣٢، البهجة للتسولي ١/ ٣٨٢.

(٣) انظر: مغني المحتاج للشربيني ٣/ ٢٢٥، المحلى لابن حزم ٩/ ٧٩- ٨٠، شرائع الإسلام للحلي ٣/ ٢٣.

لم ينص ابن حزم على عدم وجوب العدة، وإنما ذكر أنه ليس لها إلا نصف المهر، فقال ابن حزم في المحلى: وجدنا القرآن لم يوجب لها بعدم الوطء إلا نصف الصداق اهـ مما يفهم منه أنه لا يوجب لها العدة كذلك والله أعلم.

ءَامَنُوٓاْ إِذَا نَكَحْتُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَهَا﴾ [الأحزاب: ٤٩].

وبعد اتفاق جمهور الفقهاء على اعتبار الخلوة وأن لها أثرًا في وجوب العدة على المرأة، تنوعت أنظارهم حول ماهية هذه الخلوة، ولهم في هذا:

١- **يرى الحنفية**: أن الخلوة التي يترتب عليها أثر هي الخلوة الصحيحة كما يقول الحنفية، وهي عندهم: أن يخلو بالمرأة في مكان يأمنان من اطِّلاع الناس عليهما ولا يكون مانع من الوطء حسا ولا شرعا ولا طبعا ولا يكون معهما ثالث يمنع صحة الخلوة، فإذا صحت الخلوة تأكد المهر والنفقة والسكنى والعدة وحرمة نكاح أربع سواها وحرمة نكاح الأمة ومراعاة وقت الطلاق وإلا فلا[(١)].

أ- **أما المانع الحقيقي**: فهو أن يكون أحدهما مريضا مرضا يمنع الجماع، أو صغيرًا لا يجامع مثله، أو صغيرة لا يجامع مثلها، أو كان بالمرأة مانع حسي كالرتق، وتصح خلوة الزوج العنين أو الخصي؛ لأن العُنَّة والخصاء لا يمنعان من الوطء، فكانت خلوتهما كخلوة غيرهما، وتصح خلوة المجبوب في قول أبي حنيفة؛ لأنه يتصور منه السحق والإيلاد بهذا الطريق، وقال أبو يوسف ومحمد: لا تصح خلوة المجبوب؛ لأن الجب يمنع من الوطء فيمنع صحة الخلوة كالقرن والرتق[(٢)].

ب- **وأما المانع الشرعي**: فهو أن يكون أحدهما صائمًا صوم رمضان أو محرما بحج أو بعمرة، أو تكون المرأة حائضا أو نفساء؛ لأن كل ذلك محرم للوطء، فكان مانعا من الوطء شرعا، والحيض والنفاس يمنعان منه طبعا أيضا؛

---

(١) انظر: التحقيق الباهر لهبة الله أفندي ٣/٩٢/أ، الموسوعة الفقهية الكويتية ١٩/٢٧٠.

(٢) انظر: بدائع الصنائع ٢/٢٩٢-٢٩٣، البحر الرائق لابن نجيم ٣/١٦٢- ١٦٣، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٤٦٨، كشاف القناع ٥/١٥١- ١٥٢، الموسوعة الفقهية ١٩/٢٧٠.

لأنهما أذى، والطبع السليم ينفر من استعمال الأذى.

وأما في غير صوم رمضان فروايتان: أحدهما عن أبي يوسف: أن صوم التطوع وقضاء رمضان والكفارات والنذور لا تمنع صحة الخلوة؛ أن صوم غير رمضان مضمون بالقضاء لا غير فلم يكن قويا في معنى المنع بخلاف صوم رمضان فإنه يجب فيه القضاء والكفارة، والثانية ذكرها الحاكم الشهيد في مختصره: أن نفل الصوم كفرضه؛ ووجه هذه الرواية: أن صوم التطوع يحرم الفطر من غير عذر فصار كحج التطوع، وهذا يمنع صحة الخلوة(١).

ج- **وأما المانع الطبعي**: فهو أن يكون معهما شخص ثالث؛ لأن الإنسان يكره أن يجامع امرأته بحضرة ثالث، ويستحي فينقبض عن الوطء بمشهد منه، وسواء أكان هذا الشخص الثالث بصيرًا أم أعمى، يقظان أم نائمًا، بالغًا أم صبيًّا إن كان عاقلا، رجلا أو امرأة، وسواء كانت هذه المرأة أجنبية أو منكوحته، وعللوا لبعض هذا بأمور، فقالوا: لأن الأعمى إن كان لا يبصر فهو يحس، والنائم يحتمل أن يستيقظ ساعة فساعة، فينقبض الإنسان عن الوطء مع حضوره، والصبي العاقل بمنزلة الرجل يحتشم الإنسان منه كما يحتشم من الرجل، وإذا لم يكن عاقلا فهو ملحق بالبهائم، لا يمتنع الإنسان عن الوطء لمكانه، ولا يلتفت إليه، والإنسان يحتشم من المرأة الأجنبية ويستحيي، وكذا لا يحل لها النظر إليهما فينقبضان لمكانها.

هذا ولا تصح الخلوة في المسجد، والطريق، والصحراء، وعلى سطح لا حجاب عليه؛ لأن المسجد يجمع الناس للصلاة، ولا يؤمن من الدخول عليه ساعة فساعة، وكذا الوطء في المسجد حرام، قال عز وجل: ﴿وَلَا تُبَٰشِرُوهُنَّ وَأَنتُمْ عَٰكِفُونَ فِي ٱلْمَسَٰجِدِ﴾ [البقرة: ١٨٧] والطريق ممر الناس لا تخلو عنهم عادة، وذلك يوجب الانقباض فيمنع الوطء، وكذا الصحراء والسطح من غير

(١) الموسوعة الفقهية ١٩/ ٢٧٠.

حجاب؛ لأن الإنسان ينقبض عن الوطء في مثله لاحتمال أن يحصل هناك ثالث، أو ينظر إليه أحد[١].

د- **ولا خلوة في النكاح الفاسد**؛ لأن الوطء فيه حرام، فكان المانع الشرعي قائما؛ ولعدم التمكن في الخلوة في النكاح الفاسد من الوطء كالخلوة بالحائض، ولأنه ممنوع شرعا عن وطئها كالخلوة بالحائض[٢].

٢- **وعند المالكية**: الخلوة الصحيحة: هي خلوة الاهتداء، من الهدوء والسكون؛ لأن كل واحد من الزوجين سكن للآخر واطمأن إليه، وهي المعروفة عندهم بإرخاء الستور، كان هناك إرخاء ستور، أو غلق باب، أو غيره، ومن الخلوة الصحيحة عندهم أيضا، خلوة الزيارة، أي زيارة أحد الزوجين للآخر، وتكون بخلوة بالغ - ولو كان مريضا - حيث كان مطيقًا للوطء، ولو كانت - الزوجة التي يخلو بها - حائضا، أو نفساء، أو صائمة، وأن يكون غير مجبوب على المعتمد، وأن تكون بحيث يمكن شغلها بالوطء، فلا يكون معهما في الخلوة نساء متصفات بالعفة والعدالة، أو واحدة كذلك، وبحيث لا تقصر مدة الخلوة فلا تتسع للوطء، أما لو كان معها نساء من شرار النساء، فالخلوة مما يترتب عليها أثر؛ لأنها قد تمكن من نفسها بحضرتهن، دون المتصفات بالعفة والعدالة فإنهن يمنعنها[٣].

٣- **وعند الحنابلة**: الخلوة التي يترتب عليها أثر هي الخلوة التي تكون بعيدًا عن مميز، وبالغ مطلقا، مسلما أو كافرا، ذكرا أو أنثى، أعمى أو بصيرا، عاقلا أو مجنونا، مع علمه بأنها عنده، ولم تمنعه من الوطء إن كان الزوج يطأ مثله كابن عشر فأكثر، وكانت الزوجة يوطأ مثلها كبنت تسع فأكثر، فإن كان

---

(١) الفتاوى البزازية ص ٢٥٨، الموسوعة الفقهية ١٩/ ٢٧٠.

(٢) انظر: البدائع ٢/٢٩٢- ٢٩٣، الموسوعة الفقهية ١٩/ ٢٧١.

(٣) انظر: حاشية الدسوقي، الشرح الكبير ٢/٤٦٨، الموسوعة الفقهية ١٩/ ٢٧١.

أحدهما دون ذلك لم يتقرر شيء بهذه الخلوة، ولم يرتب لها أثر.

ولا يمنع أثر الخلوة نوم الزوج، ولا كونه أعمى، ولا وجود مانع حسي بأحد الزوجين كجب ورتق، ولا فرق في وجوب العدة بين أن يخلو بها مع المانع من الوطء أو مع عدمه، سواء كان المانع حقيقيا كالجب، والعنة، والفتق، والرتق، أو شرعيا كالصوم، والإحرام، والحيض، والنفاس، والظهار؛ لأن الحكم علق هاهنا على الخلوة التي هي مظنة الإصابة دون حقيقتها[١].

هذا ويشترط لوجوب العدة لخلوة طواعية الزوجة فإن خلا بها مكرهة في الخلوة فلا عدة؛ لأنها مظنته ولا تكون كذلك إلا مع التمكين، يشترط لوجوب العدة لخلوة علم الزوج بالزوجة فلو خلا بها أعمى لا يبصر ولم يعلم بها أو تركت بمخدع من البيت بحيث لا يراها البصير ولم يعلم بها الزوج فلا عدة لعدم التمكين الموجب للعدة[٢].

أدلة الضابط :

١- عن زرارة بن أوفى قال: «قضى الخلفاء الراشدون أن من أغلق بابًا أو أرخى سترًا، فقد وجب المهر، ووجبت العدة»[٣].

٢- أن الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح أقيمت مقام الدخول في وجوب العدة التي فيها حق الله تعالى؛ لأن حق الله تعالى يحتاط في إيجابه[٤].

---

(١) المغني لابن قدامة ٦/٧٢٤.

(٢) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/١٩١، الموسوعة الفقهية ١٩/٢٧٢.

(٣) رواه عبد الرزاق في المصنف ٦/٢٨٨ (١٠٨٥٧)، سعيد بن منصور في سننه ١/٢٣٤ (٧٦٢)، ابن أبي شيبة في مصنفه ٣/٥٢٠ (١٦٦٩٥).

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٩١، شرح الزرقاني ٤/١٩٩، مغني المحتاج ٣/٣٨٤، المغني ٧/٤٥١.

٣- ولأن التسليم بالواجب بالنكاح قد حصل بالخلوة الصحيحة فتجب به العدة كما تجب بالدخول؛ لأن الخلوة الصحيحة إنما أقيمت مقام الدخول في وجوب العدة مع أنها ليست بدخول حقيقة لكونها سببا مفضيا إليه، فأقيمت مقامه احتياطا إقامة للسبب مقام المسبب فيما يحتاط فيه[١].

تطبيقات الضابط :

١- إذا خلا الزوج بزوجته غير المدخول بها، وكانت المرأة صائمة صوم الفرض، وجبت العدة على المرأة؛ لأنَّ الصوم لا يمنع من أثر هذه الخلوة في تأكد المهر بها[٢]، وهذا جار على معنى الضابط.

٢- إذا خلا الزوج بزوجته غير المدخول بها، وكانت حائضًا وجبت عليها العدة، لأنَّ الحيض لا يمنع من أثر هذه الخلوة في تأكد المهر بها[٣] وهذا جار على مقتضى الضابط.

٣- إذا خلا الزوج بزوجته غير المدخول بها، وكان مريضًا بمرض يمنع من الوطء حقيقة، لم تجب العدة على المرأة، لأن هذا الموضع لم تصح فيه الخلوة ولم يتأكد به كمال المهر[٤] وهذا جار على مفهوم الضابط.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/١٩١، شرح الزرقاني ٤/١٩٩، مغني المحتاج ٣/٣٨٤، المغني ٧/٤٥١.

(٢) انظر: فتاوى قاضيخان ١/٥٤٩، جامع الفصولين ١/١٩٤.

(٣) الفتاوى الأنقروية ١/٩٤.

(٤) الفتاوى الأنقروية ١/٩٤، جامع الفصولين ١/١٩٤.

٤- خلوة الزوج الصغير الذي لا يستطيع الوطء بزوجته المعقود عليها لا توجب العدة، لعدم صحة هذه الخلوة شرعًا[١].

٥- خلوة الزوج بزوجته الرتقاء، لا توجب العدة؛ لعدم صحة هذه الخلوة شرعًا[٢].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) الفتاوى الأنقروية ١/٩٤، جامع الفصولين ١/١٩٤.
(٢) الفتاوى الأنقروية ١/٩٤، جامع الفصولين ١/١٩٤.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٣٤

نص الضابط: الأَصْلُ بَقَاءُ الْعِدَّةِ[١].

صيغ ذات علاقة :

١- اليقين لا يزول بالشك[٢]. (أعم).

٢- الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله[٣]. (أعم).

٣- الأصل بقاء النكاح[٤]. (تكامل).

٤- تبنى العدة على الاحتياط وطلب اليقين[٥]. (أخص).

٥- العدة لا تبنى على أخرى[٦]. (أخص).

---

(١) المبسوط للسرخسي ٥/٢٠٥، المنثور ١/٣٢١.

(٢) المغني لابن قدامة ١١٩/٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٣) المغني ١٠/٢٦٦ وبلفظ آخر: "الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يوجد المزيل له" البحر المحيط ١/٢٧، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

(٤) المنثور للزركشي ٢/٢٣، المغني لابن قدامة ٦/٢٧١، وبلفظ آخر: "الأصل بقاء الزوجية" البحر الزخار لابن المرتضى ٤/١٨٧، شرائع الإسلام للحلي ٣/٢٠.

(٥) انظر: نهاية المحتاج للرملي ٧/١٣٤.

(٦) شرح الزركشي على مختصر الخرقي ٢/٥٣٦.

شرح الضابط :

هذا الضابط يتعلق بعدة المرأة التي تنتهي بانتهائها آثار النكاح، والعِدَّة - بكسر العين - جمع عِدَد، وهي لغة: الإحصاء، مأخوذة من العَدَد لاشتمالها على عدد الأقراء أو الأشهر غالبًا، يقال: «عددت الشيء عِدَّة» أي: أحصيته إحصاء وتطلق أيضًا على المعدود، يقال: «عِدَّة المرأة» يعني: أيام أقرائها.

وهذا الخلاف بين الحنفية وجمهور الفقهاء في تعريف العدة له أثره، ولعل من أبرز آثاره اختلافهم في تداخل العدتين إذا كانتا من شخصين، فالحنفية يرون تداخل العدتين، وجمهور الفقهاء ووافقهم الإباضية[(١)] لا يرون تداخل العدتين من شخصين، بل تمضي المرأة في العدة الأولى حتى نهايتها، ثم تبدأ بالعدة الأخرى.

ولما كان مقصود الشارع من العدة عقب الطلاق: هو تحقق براءة رحم المطلقة من حمل المطلق، وانتظارُ الزوج لعله أن يرجع[(٢)]، جعل الشارع الحكيم الأصل - أي القاعدة المستمرة - في عدة المرأة أنها تبقى حتى يثبت انقضاؤها بالحيض أو المدة أو وضع الحمل، كما جعل المرأة أمينة على ذلك[(٣)]، وهذا هو معنى الضابط الذي بين أيدينا[(٤)].

ولما كان الضابط إنما يجري في حالة عدم ثبوت انقضاء العدة اقتضى ذلك التنبيه على ما يعرف به انقضاؤها تكميلا للفائدة، وللفقهاء في ذلك تفصيل حسن، وهو ما يلي[(٥)]:

---

(١) انظر: شرح النيل لأطفيش ٢٩/٧.

(٢) انظر: التحرير والتنوير عند تفسير الآية ٢٢٨ من سورة البقرة.

(٣) موسوعة قواعد البورنو ١٠٧/٢.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسي ٢٠٥/٥.

(٥) انظر: الدر المختار ٨٣٩/٢- ٨٤٣، بدائع الصنائع ٩٠/٣، فتح القدير لابن الهمام ٢٨٦/٣، القوانين الفقهية ص ٢٣٥، ٢٣٨، مغني المحتاج ٣٩٠/٣، ٣٩٥، شرائع الإسلام ٣٥/٣.

١- إن كان عقد الزواج صحيحًا: فالعدة تكون بعد الطلاق أو الفسخ أو الموت، فابتداء العدة في الطلاق ونحوه عقيب الطلاق، وفي الوفاة عقيب الوفاة وهذا محل الاتفاق بين الفقهاء، وتنقضي العدة وإن جهلت المرأة بالطلاق أو الوفاة؛ لأنها أجل، فلا يشترط العلم بمضي الأجل، سواء اعترف الرجل بالطلاق أو أنكر، فلو طلق الرجل امرأته ثم أنكر الرجل هذا الطلاق، وأقيمت عليه بيِّنة وقضى القاضي بالفرقة، كأن ادعته عليه المرأة مثلا في شهر شوال، وقضى به القاضي في شهر المحرَّم، فالعدة من وقت الطلاق، لا من وقت القضاء، كما أن الرجل لو طلق امرأته الحامل أو مات عنها، ولم يبلغها الخبر حتى وضعت، انقضت عدتها بالاتفاق.

٢- وإن كان عقد الزواج فاسدًا: فمبدأ العدة يكون عقب التفريق من القاضي بين الزوجين، أو بعد المتاركة وإظهار عزم الواطئ على ترك وطئها، بأن يقول بلسانه: تركت وطأها، أو تركتها، أو خليت سبيلها، ونحوه، ومنه الطلاق وإنكار الزواج إذا كان بحضرتها، وإلا فلا يعد الإنكار متاركة، ويرى الظاهرية أنه لا عدة في نكاح فاسد[1].

أدلة الضابط :

١- قاعدة «الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يثبت زواله»[2]، ودليلها؛ لأن الأصل ودليله دليل لما يتفرع عنه.

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم ١٠/١١١.

(٢) المغني ١٠/٢٦٦ وبلفظ آخر: "الأصل بقاء ما كان على ما كان حتى يوجد المزيل له" البحر المحيط ١/٢٧.

تطبيقات الضابط :

١- لو ادعت المطلقة امتداد الطهر وعدم انقضاء العدة صدقت ولها النفقة؛ لأن الأصل بقاؤها[١].

٢- من شك هل راجع زوجته في العدة أم بعدها فإنه يعتد بالرجعة؛ لأن الأصل بقاء العدة وصحة الرجعة[٢].

٣- إذا وضعت المعتدة بالحمل ولدًا وشكت في وجود ثان، لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن أنها لم يبق معها حمل؛ لأن الأصل بقاء العدة، فلا يزول بالشك[٣].

٤- لا تنقضي عدة المرأة الحامل إلا بوضع الحمل وانفصاله جميعه، وإن ظهر بعضه فهي في عدتها حتى ينفصل باقيه؛ لأن الأصل بقاء العدة[٤].

٥- إذا علم بالوسائل الطبية الحديثة أن المرأة المعتدة حامل بتوأمين أو أكثر، لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر؛ لأن الحمل هو الجميع والأصل بقاء العدة[٥].

٦- لا تنقضي عدة المرأة الحامل بنزول ما دون المضغة[٦]؛ لأن ما دون المضغة لا يكون مخلَّقا؛ والأصل بقاء العدة.

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ٥/٢٠٥، المنثور ١/٣٢١، تحفة المحتاج لابن حجر الهيتمي ٨/١٥٦، غمز عيون البصائر للحموي ١/٢٠١، زواهر الجواهر للتمرتاشي الابن ١/٤٥/ب، ٤٦/أ.
(٢) انظر: فتاوى الرملي ٣/٣٤٢، أسنى المطالب ٣/٣٤٥، التاج المذهب ٢/٢٣٢.
(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٨/٩٦.
(٤) انظر: المغني ٨/٩٦.
(٥) خلافا لما روي عن أبي قلابة وعكرمة أنهما قالا: "إن عدتها تنقضي بوضع الأول، ولا تتزوج حتى تضع الآخر" انظر: المغني ٨/٩٦.
(٦) انظر: المغني ٨/٩٧.

ضوابط باب الرضاع



رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٣٥

نص الضابط: يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ[١].

صيغ ذات علاقة :

١- كل امرأتين لو كانت إحداهما ذكرا لم تجز المناكحة بينهما فالجمع بينهما نكاحا لا يجوز[٢]. (أخص).

٢- الأصل أنه يحرم بسبب الرضاع ما يحرم بسبب النسب وسبب المصاهرة[٣]. (أعم).

شرح الضابط :

هذا الضابط من جوامع الكلم التي أعطيها ﷺ، فهو نص حديث نبوي كثير الدوران في كتب الفقه خصوصا في باب الرضاع، وذلك لأهميته في ضبط الأحكام المتعلقة بهذا الباب.

ومعنى الضابط هو ما بينه القرطبي المالكي بقوله: إذا أرضعت المرأة

---

(١) هو لفظ حديث شريف رواه البخاري ٣/١٧٠ (٢٦٤٦) وفي مواضع، ومسلم ٢/١٠٦٨(١٤٤٤)، ١٠٦٩ (١٤٤٥)/(٣) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) المبسوط للسرخسي ٤/٢١١، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "كل امرأتين بينهما من النسب أو الرضاع ما يمنع تناكحهما لو قدرت إحداهما رجلا، لا يجوز الجمع بينهما في الوطء بعقد ولا ملك".

(٣) بدائع الصنائع للكاساني ٢/٢٦٢.

طفلا حرمت عليه لأنها أمه، وبنتها لأنها أخته، وأختها لأنها خالته، وأمها لأنها جدته، وبنت زوجها صاحب اللبن لأنها أخته، وأخته لأنها عمته، وأمه لأنها جدته، وبنات بنيها وبناتها لأنهن بنات إخوته وأخواته[١].

وقد صاغ الفقهاء على ضوء صيغة الضابط عدة صيغ منها:

١- ما حرم بالنسب حرم من الرضاعة مثله[٢].

٢- يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة[٣].

٣- يحرم من الرضاعة ما يحرم من الرحم[٤].

٤- اللبن تابع للنسب[٥].

والحكمة في الرضاع أن سبب التحريم هو ما ينفصل من المرأة وزوجها وهو اللبن، فإذا اغتذى به الرضيع صار جزءا من أجزائهما، فانتشر التحريم بينهم، بخلاف قرابات الرضيع؛ لأنه ليس بينهم وبين المرضعة ولا زوجها نسب ولا سبب[٦].

وينبغي التنبيه هنا إلى أن الضابط معبر عن ربط حكم الرضاع بحكم النسب في ثبوت المحرمية، وحرمة الزوجية دون غيرهما من الأحكام، كالنفقة، والإرث.

---

(١) تفسير القرطبي ١٠٩/٥.

(٢) أحكام القرآن للشافعي ٢٥٦/١.

(٣) الإتحاف للزبيدي ٣٣٦/٥، التمهيد لابن عبد البر ٣٨٦/١١، البناية للعيني ٤٨/٤، زاد المعاد لابن القيم ٤٩١/٦.

(٤) زاد المعاد لابن القيم ٤٩١/٥، المحلى لابن حزم ٢٠٤/٩.

(٥) نهاية المحتاج للرملي ١٧٨/٧.

(٦) انظر: فتح الباري ٣٤٢/١٤، فتح العلي المالك لعليش ٨٩/٢.

ومن المعلوم أن المحرمات بالنسب سبع نسوة، كما هو مقرر في كتاب الله تعالى في سورة النساء[١] وهن: الأمهات، والبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخ، وبنات الأخت.

وقد ضبط الفقهاء المحرمات من النساء بالنسب في أربعة أنواع:

١- الفرع المؤنث مطلقا (البنت وبنتها وبنت الابن وإن سفلن).

٢- الأصل المؤنث مطلقا (الأم وأمها وأم الأب وأمها ما علت).

٣- فروع الأبوين (الشقيقات، والأخوات لأب، الأخوات لأم وما تفرع عنهن، وما تفرع عن بنات الأخ كذلك).

٤- فروع الأجداد في الدرجة الأولى (العمات، والخالات) دون ما تفرع عن ذلك.

فهؤلاء المحرمات من النسب يحرم مثلهن من الرضاع إذا تم بشروطه، وثبت ببينة أو إقرار[٢].

شروط الرضاع:

يشترط للرضاع ثلاثة شروط:

١- **المدة المحددة له**: واختلف الفقهاء في تحديدها:

فالمالكية والشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، على أن

---

(١) سورة النساء، الآية رقم ٢٣.

(٢) انظر: رد المحتار ٢٠٩/٣-٢١٣، التاج والإكليل ٥٣٥/٥-٥٣٧، حاشية الجمل ٤٧٨/٤، ٤٨٤-٤٨٦ كشاف القناع ٤٤٢/٥-٤٤٦، ٤٥٦، نصب الراية ١٩١/٦ كتاب الرضاع، المحلى بالآثار ١٨٥/١٠.

المدة سنتان وزاد المالكية مدة شهر أو شهرين؛ لأن ما قارب الشيء يعطى حكمه.

بينما ذهب أبو حنيفة إلى أنها ثلاثون شهرا، وقال زفر: ثلاثة أعوام.

٢- وصول اللبن إلى جوف الرضيع: اتفق الجمهور على أن اللبن إذا وصل إلى جوف الصبي من الفم أو الأنف فإنه ينشر الحرمة.

واختلفوا في الاحتقان به إذا وصل إلى الجوف، فلم يعتبره الجمهور، خلافا للمالكية في ذلك إذا كانت الحقنة مغذية.

٣- القدر الذي يحصل به الإرضاع: اختلف في القدر الذي يحصل به الإرضاع، فالحنفية والمالكية على أن الرضاع يحصل بوصول اللبن إلى الجوف ولو قلّ، وقد اشترط الشافعية والحنابلة خمس رضعات متفرقات.

وقال ابن حزم: إن الرضاع المحرم ما امتصه الراضع من ثدي المرأة بفيه فقط، لا أن يصل إلى جوفه من طريق أخرى[1].

وعند الإمامية: لابد من حصول خمس عشرة رضعة، أو يرضع يوما وليلة من امرأة واحدة بشروط ثلاثة: - أن تكون الرضعة كاملة – وأن تكون متوالية – وأن يرتضع من الثدي مباشرة[2].

وأما عن كون اللبن يتبع النسب، فهو رافع لما استشكله البعض ومنهم ابن عمر وابن الزبير ورافع بن خديج وزينب بنت أم سلمة وغيرهم من التابعين والفقهاء من حصول المحرمية بلبن الفحل (الزوج)، ظنا منهم أن اللبن خاص

---

(١) وقول ابن حزم هذا مال إليه الشيخ يوسف القرضاوي ورجحه انظر: مجلة المجمع الفقهي الإسلامي العدد الثاني ١/٣٨٧.

(٢) انظر: شرائع الإسلام للحلي٢/٢٢٦.

بالمرأة دون الرجل، مع أن الرجل هو السبب في اللبن، وهو قول الجمهور[١].

والإسلام دين تكافل يخدم المجتمع، ويراعي مصالحه، خصوصا جانب رعاية الطفل بإرضاعه، وتربيته، وتعليمه، إذ الطفل هو العمود الفقري للامتداد البشري، يظهر ذلك في تعدد المراضع تبرعا أو بأجرة، وإنشاء مرافق لذلك[٢].

ومن الجدير بالذكر هنا ملاحظة أن الإسلام ضبط الرضاع بعدة أحكام، وجعله في حكم النسب، من ذلك: التحقق من مصدر اللبن وطبيعته، وهل هو مخلوط بغيره أو غير مخلوط؟

وإذا جهل شيء من ذلك، حرم اللبن، حفظا للأنساب من الاختلاط.

الأمر الذي جعل المجمع الفقهي في قراره رقم (٦٦) يصادق على قرار يقضي بحرمة إرضاع الأطفال بما توفره بنوك الحليب من لبن عن طريق البيع والشراء.

علما بأن المجلس الأعلى الأوروبي للإفتاء أفتى بجواز ذلك عند الحاجة، مع انتفاء ثبوت حكم المحرمية، للجهالة بالمرضعات وعدد الرضعات[٣].

وأخيرا نُنبِّه على أن بعض العلماء استثنوا جملة من النساء تحرم بالنسب دون الرضاع، وهن ما بين الأربعة إلى السبعة: أم الأخ، وأم الولد، وجدته، وأخته، وأم العم والعمة، وأم الخال والخالة، وأخ الابن.

---

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر العسقلاني ٩/١٥١.

(٢) ومن روائع ما يذكر في التاريخ أن من الأوقاف الخيرية التي أوقفها صلاح الدين الأيوبي، وقفا لإمداد الأمهات بالحليب اللازم لأطفالهن، فجعل في أحد أبواب قلعة دمشق ميزابا يسيل منه الحليب، وميزابا آخر يسيل منه الماء المذاب بالسكر، فتأتي الأمهات يومين كل أسبوع، فيأخذن ما يحتجن إليه من الحليب والسكر ميثاق الأسرة ص٣٣٠ طبعة خاصة بالعلماء للتنقيح والظاهر أن هذا الحليب كان لغير آدمية.

(٣) انظر: مجلة المجمع الفقهي، العدد الثاني ١/٣٨٣، صناعة الفتوى وفقه الأقليات للشيخ عبد الله بن بيه ص٣٥٠-٣٥١ دار المنهاج الطبعة الأولى ١٤٢٨هـ.

وردَّ ذلك بعض العلماء أيضا، باعتبار أن التحريم الذي ذكروا الأمثلة عليه، ليس من جهة النسب، بل من جهة المصاهرة، وعليه فلا استثناء من الضابط[(١)].

ولم نتعرض هنا إلى المحرمات بالمصاهرة وإن كان المقام يستدعي ذلك لأن هناك ضابطا مستقلا ذا علاقة بالموضوع، وهو «يحرم نظيرُ المصاهرة بالرضاع»[(٢)].

أدلة الضابط :

١- قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣].

وجه الدلالة من الآية : أن الله تعالى ذكر الأم والأخت، ولم يذكر من المحرم بالرضاعة في القرآن سواهما، والأم أصل والأخت فرع، فنبه بذلك على جميع الأصول والفروع[(٣)].

٢- ومن السنة زيادة على الضابط، قوله عليه الصلاة والسلام «إن الرضاعة يحرم منها ما يحرم من الولادة»[(٤)] يقول الإمام الخطابي رحمه الله تعالى: «في هذا الحديث بيان أن حرمة الرضاع في المناكح كحرمة الأنساب، وأن المرتضعين من الرجال والنساء باللبن الواحد، كالمتنسبين إلى نسب واحد»[(٥)].

---

(١) فتح الباري للعسقلاني ١٤/٣٤٣، تفسير ابن كثير ١/٤٨٠، التاج والإكليل ٥/٥٣٧-٥٣٨.

(٢) نيل الأوطار للشوكاني ٦/٣٧٧.

(٣) أحكام القرآن لابن العربي ١/٤٧٩، كفاية الطالب الرباني ٢/٥٧.

(٤) رواه البخاري ٣/١٧٠ (٢٦٤٦)، ومسلم ٢/١٠٦٨ (١٤٤٤) من حديث عائشة رضي الله عنها (١٧٩٠٠).

(٥) معالم السنن ٣/٩.

٣- والإجماع انعقد على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب[١].

تطبيقات الضابط :

١- كل أنثى صغيرة أو كبيرة أرضعتها أم الرجل، أو أخته، أو جدته، أو بنته، أو ابنة ابنه، أو امرأة ابنه، أو امرأة أخيه، أو أخته، حرمت عليه[٢]؛ لأن الرضاع يحرم ما يحرمه النسب.

٢- إذا رضع ذكر وأنثى من امرأة في مدة الرضاع وهى سنتان – وفق قول الجمهور – حرم النكاح بينهما، وإن عقَدا كان العقد بينهما فاسدا ويجب عليهما المتاركة، فإن لم يتم ذلك وثبت الرضاع بينهما عند القاضي فرّق بينهما[٣]؛ لأنهما أخوان من الرضاعة، ويحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

٣- يحرم الجمع بين الأختين من الرضاعة، وبين المرأة وعمتها، وبينها وبين خالتها من الرضاعة كذلك[٤]؛ لأن الرضاع كالنسب لقوله ﷺ «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»؛ فلما كان الجمع بين الأختين من النسب حراما فكذلك الرضاع.

وعلى هذا لو أرضعت أجنبية زوجتي رجل سواء أرضعتهما معا أو مرتَّبا، ولو بعد طلاقهما الرجعي انفسخ نكاحهما[٥] لأنه يكون جامعا بين الأختين من الرضاع، والرضاع كالنسب في ذلك.

الحسين أحمد درويش

* * *

---

(١) انظر: الإجماع لابن المنذر ص٤١، المغني لابن قدامة ١١/٣٠٩.
(٢) التاج والإكليل ٥/٥٣٩.
(٣) فتاوى الأزهر ٢/١٣٦.
(٤) مجموع الفتاوى ٣٢/٦٩، كشاف القناع ٥/٤٤٧، ٤٤٨.
(٥) انظر: حاشية الجمل ٤/٤٨٤.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٣٦

نص الضابط: لا يُحَرِّم مِنَ الرِّضَاعِ إِلا مَا أَنبتَ اللَّحْمَ وَأَنْشَزَ العَظْمَ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- لا يُحَرِّم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام[٢].

٢- لا رضاع إلا ما أنبت لحمًا أو شدّ عظمًا[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- مبنى الحل والحرمة على الاحتياط[٤]. (أعم).

٢- الشك لا يقع به التحريم[٥]. (أعم).

---

(١) هو نص حديث شريف رواه أحمد ١٨٥/٧ (٤١١٣)، وأبو داود ٢٢٢/٢ (٢٠٥٩) من حديث ابن مسعود رضي الله عنه.

(٢) رواه الترمذي ٤٥٨/٣ (١١٥٢) من حديث أم سلمة رضي الله عنها، وقال الترمذي: حديث حسن صحيح.

(٣) الأحكام للهادي ٤٨٤/١.

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٢٩٠/٣، وانظر قاعدة: "الشريعة مبنية على الاحتياط"، في قسم القواعد الفقهية.

(٥) البحر الرائق لابن نجيم ١٤٠/١، وانظر قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك"، في قسم القواعد الفقهية.

شرح الضابط :

الرضاع - بكسر الراء وفتحها - في اللغة: مصدر رضع أمه يرضعها: أي امتص ثديها أو ضرعها وشرب لبنه وأرضعت ولدها فهي مرضع ومرضعة، وهو رضيع والرضاع في الشرع: اسم لوصول لبن امرأة أو ما حصل من لبنها في جوف طفل بشروط[١].

هذا الضابط نص حديث نبوي شريف، يتعلق بموضوع الرضاع الذي تثبت به أحكام الرضاع من عدم جواز نكاح الرضيع لمن أرضعته، وجواز النظر إليها، والخلوة بها، وعدم نقض الوضوء بلمسها، عند من يرى أن لمس المرأة ناقض للوضوء[٢].

والمراد بجملة: (أَنْشَزَ العَظْم) أي: زاد في حجمه فنَشَّرَه[٣].

ويفيد هذا الضابط أن الرضاع المحرِّم هو الذي يحصل به إنبات لحم الرضيع، وإنشاز عَظْمه[٤]، وأن ما عدا ذلك من الرضاع مما لا يترتب عليه تكوين اللحم وبناء العظم لا يحصل به التحريم.

وقد جُعل الرضاع سببًا للتحريم، لأن جزء المرضعة، وهو اللبن، صار جزءاً من الرضيع باغتذائه به[٥].

وقد اختلف الفقهاء في المدة التي يحصل بها إنبات اللحم وإنشاز العظم، فيقع بها تحريم المرضع على الرضيع على أقوال:

---

(١) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٣٨/٢٢ نقلا عن: المعجم الوسيط والمصباح مادة (رضع)، حاشية ابن عابدين ٤٠٣/٢، نهاية المحتاج للرملي ١٧٢/٧، أسنى المطالب ٤١٥/٣.

(٢) انظر: أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٤١٥/٣.

(٣) عون المعبود لشمس الحق آبادي ٤٣/٦.

(٤) إنشاز العظم: شدُّه وتقويته انظر: سبل السلام للصنعاني ٣٠٢/٥.

(٥) انظر: أسنى المطالب ٤١٥/٣.

١- يحصل التحريم بالرضاع في الحولين، ولا يحصل بما زاد عنهما رُوي ذلك عن جمع من الصحابة والتابعين وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية، والمالكية والشافعية والحنابلة والإمامية ورُوي عن مالك أيضًا: إن زاد شهرًا عن الحولين جاز، ورُوي: شهران[١] فالاعتبار بالحولين لا بالفطام، فلو فُطم قبل الحولين، ثم ارتضع فيهما حصل التحريم ولو لم يفطم حتى تجاوز الحولين ولم يكن ارتضع فيهما ثم ارتضع بعدهما قبل الفطام لم يثبت التحريم[٢]، ويُعتبر الحولان بالأهلّة من تمام انفصال الولد[٣].

٢- يحصل التحريم بالرضاع في مدة ثلاثين شهرًا وهذا رأي أبي حنيفة[٤].

٣- يحصل التحريم بالرضاع في مدة ثلاث سنين وهذا رأي زفر[٥].

٤- رضاع الكبير يوجب التحريم، من غير تحديد مدة رُوي ذلك عن عائشة وعطاء والليث وداود، وهو مذهب ابن حزم[٦].

أما عدد الرضاع الذي يتعلق به التحريم فقد اختلف فيه الفقهاء على أقوال:

١- قليل الرضاع وكثيره يحرِّم، فيقع التحريم ولو برضعة واحدة رُوي ذلك عن علي وابن عباس في أحد قوليه، وسعيد بن المسيب في

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٣٦/٥، حاشية العدوي ١١٥/٢، أسنى المطالب ٤١٦/٣، المغني لابن قدامة ١٤٢/٨، شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٢١٥/٣، شرائع الإسلام للحلي ٢٢٧/٢.

(٢) انظر: المغني ١٤٣/٨.

(٣) انظر: أسنى المطالب ٤١٦/٣.

(٤) انظر: المبسوط ١٣٦/٥.

(٥) انظر: المبسوط ١٣٦/٥.

(٦) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٥٥٩/١، المغني ١٤٢/٨، المحلى لابن حزم ٢٠٢/١٠.

أحد قوليه، وبه قال الحسن، وجمع آخر من الصحابة والتابعين، وبه قال الحنفية، والمالكية، ورواية عن أحمد[1].

٢- لا يثبت التحريم إلا بثلاث رضعات فأكثر وبه قال أبو ثور وأبو عبيد وابن المنذر، وهو قول سليمان بن يسار وسعيد بن جبير، وإسحاق بن راهويه، وروي ذلك عن أحمد، وبه أخذ أتباع المذهب الظاهري[2].

٣- لا يثبت التحريم إلا بخمس رضعات فصاعداً رُوي هذا عن عائشة وابن مسعود وآخرين، وهو قول الشافعي، والصحيح في مذهب أحمد، وهو مذهب ابن حزم[3].

٤- لا يثبت التحريم إلا بعشر رضعات فصاعداً رُوي ذلك عن حفصة، وهو رواية ثانية عن عائشة[4].

٥- ذهب الإمامية إلى أنه لا حكم لما دون عشر رضعات وفي التحريم بعشر رضعات روايتان: أشهرهما: أنها لا تحرِّم وينشر الحرمة خمس عشرة رضعة، أو رضاعة يوم وليلة[5].

وإذا وقع الشك في وجود الرضاع أو في عدد الرضاع المحرِّم لم يثبت التحريم، لأن الأصل العدم، فلا يزول اليقين بالشك[6].

---

(١) انظر: المغني ١٣٧/٨، حاشية العدوي ١١٥/٢، المحلى ١٩٢/١٠.

(٢) انظر: المغني ١٣٨/٨، المحلى ١٩١/١٠.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٧/٤، المغني ١٣٧/٨، شرح منتهى الإرادات ٢١٥/٣، المحلى ١٨٩/١٠.

(٤) انظر: المغني ١٣٨/٨.

(٥) انظر: شرائع الإسلام للحلي ٢٢٦/٢.

(٦) انظر: المغني ١٣٨/٨.

ولا بد أن تكون الرضعات متفرقات، وبهذا قال الشافعي وأحمد[(١)].

والمرجع في معرفة الرضعة إلى العرف، لأن الشرع ورد بها مطلقًا، ولم يحدها بزمن ولا مقدار[(٢)].

ويقع التحريم باللبن المشوب، وهو المخلوط بغيره من طعام أو شراب، إن كان اللبن غالبًا وكانت صفاته باقية، مِن لون وطعم وريح فلو صُبَّ في ماء كثير فلم يتغير به هذا الماء لم يثبت التحريم، لأن هذا ليس بمشوب، ولا يحصل به التغذي ولا إنبات اللحم ولا إنشاز العظم[(٣)].

أدلة الضابط :

الضابط نص حديث نبوي شريف، وهو يدل على معناه بمنطوقه، على اختلاف بين الفقهاء في تفسيره وتأويله، محله كتب الفروع.

تطبيقات الضابط :

١- رضاع الكبير، وهو الواقع بعد الحولين، لا تثبت به الحرمة؛ لأنه لا ينبت اللحم ولا ينشز العظم[(٤)]، وهذا جار على مقتضى الضابط.

٢- تَحرُم المرضعة على الرضيع إذا تغذى بلبنها بطريقة الوَجُور، وذلك بأن يُصَبَّ لبنها في حلقه، أو السعوط بأن يصبَّ بلبنها في أنفه من غير أن يرضع من الثدي مباشرة، لأن الوجور والسعوط يحصل بهما

---

(١) انظر: المغني ١٣٨/٨، كشاف القناع للبهوتي ٤٤٦/٥.

(٢) انظر: المغني ١٣٨/٨، كشاف القناع ٤٤٦/٥.

(٣) انظر: كشاف القناع ٤٤٧/٥.

(٤) انظر: المبسوط ١٣٥/٥، بدائع الصنائع ٥/٤، المدونة ٢٩٧/٢، حاشية الدسوقي ١٥٨/٤، الأم ٣٠/٥، إعلام الموقعين ٢٦٤/٤.

إنبات اللحم وإنشاز العظم كالارتضاع من الثدي مباشرة[١].

٣- إن خُلط لبن المرضعة بماء فشربه الصبي، وكان اللبن هو الغالب، بحيث ينبت به اللحم وينشز به العظم، ثبتت به الحرمة، بخلاف ما إذا كان الماء غالبًا، فلا تثبت به الحرمة[٢]، وهذا جار على مقتضى الضابط.

٤- لو طُبخ لبن المرضعة حتى نضج فتغيرت خواصه، فشربه الصبي، فليس ذلك برضاع محرِّم، لأن النار غيّرته، فانعدم معنى التغذي باللبن وإنبات اللحم وإنشاز العظم[٣]، وهذا جار على مفهوم الضابط.

٥- لبن المرضعة الميتة إذا حُلب بعد موتها في قدح، فشربه الصبي، أو ارتضع من ثديها بعد وفاتها عقب الولادة، يقع به التحريم في المذهب الحنفي والمالكي والحنبلي، لأنه يدفع الجوع وينبت اللحم وينشز العظم ويفتق الأمعاء[٤]؛ لجريانه على مقتضى الضابط.

٦- إذا كانت المرضعة كبيرة في السن، ولم يكن لها لبن، فألقمت الرضيع ثديها لإشغاله عن البكاء لا يقع التحريم بذلك، لأن الرضاع المحرِّم شرعًا ما أنبت اللحم وأنشز العظم[٥]، وهذا جار على مفهوم الضابط.

براء الإدلبي

* * *

---

(١) انظر: حاشية العدوي ١١٦/٢، البيان للعمراني ١٤٩/١١، كشاف القناع ٤٤٦/٥.

(٢) انظر: المبسوط ١٤٠/٥.

(٣) انظر: المبسوط ١٤٠/٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٨/٤، كشاف القناع ٤٤٦/٥، الفواكه الدواني للنفراوي ٨٨/٢، حاشية الدسوقي ٥٠٢/٢.

(٥) انظر: فتاوى دار الإفتاء المصرية ٣٢٦٦/٩.

ضوابط باب النفقات

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٣٧

نص الضابط: القَرابةُ التي تَقْتَضي التَّوْريثَ تُوجِبُ الإِنفَاقَ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- الإنفاق على الأقارب مرتب على الإرث[٢].

٢- النفقة على الأقارب بحسب الميراث[٣].

صيغ ذات علاقة :

١- لا تجب النفقة لذوي الأرحام ولا تجب عليهم[٤]. (تفرع).

٢- كل محجوب عن الميراث لا يلزمه النفقة في حياة حاجبه[٥]. (تفرع).

٣- يقدم الأقرب على الأبعد في النفقة[٦]. (تفرع).

٤- تجب النفقة على كل وارث بقدر ما يرث[٧]. (تفرع).

---

(١) انظر: الكافي لابن قدامة ٣/٣٧٤.

(٢) انظر: شرح النيل وشفاء العليل لأطفيش ١٤/١٦.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٥/٢٢٧.

(٤) المفصل لزيدان ١٠/١٩٨.

(٥) الأحكام في الحلال والحرام للهادي إلى الحق ١/٤٩٧.

(٦) بدائع الصنائع للكاساني ٤/٣٢.

(٧) شرح أدب القاضي لابن مازة ٤/٣٠٥.

شرح الضابط:

النفقة اسم بمعنى الإنفاق: وهو عبارة عن الإدرار على الشيء بما به يقوم بقاؤه ولا يستعمل لفظ الإنفاق إلا في الخير وعلى صرف الشيء في غيره، ونفقة الشخص على غيره تجب بأسباب: منها الزوجية، ومنها النسب، ومنها الملك[1].

وينوه بادئ ذي بدء أن مسائل هذا الباب من عويصات الأمور على حدٍّ قول الفقيه الحنفي ابن عابدين في حاشيته المسماة برد المحتار على الدر المختار: «واعلم أن مسائل هذا الباب مما تحير فيها أولو الألباب لما يتوهم فيها من الاضطراب»[2]، لذلك يستحسن تحرير ضابط ذلك لدى فقهاء المذاهب، وبيان ما هو جار منها على معنى الضابط، وما لم يجر، وحاصل ذلك ما يلي:

أولاً: ضابط النفقة على الأقارب في المذهب الحنفي:

يرى الحنفية أن القرابة المعتبرة في إيجاب النفقة هي قرابة الرحم المحرم، وبيان ذلك أن القرابة نوعان: قرابة الولادة، وقرابة غير الولادة.

أما قرابة الولادة فهي مقدمة على كل قرابة في إيجاب النفقة، فلا يشارك الأب ولا يزاحمه أحد في النفقة على ولده في ظاهر الرواية، فلا نفقة على الأم عند وجود الأب؛ لأن النساء عاجزات عن الكسب واستحقاق النفقة إنما هو لعجز المنفَق عليه عن كسبه، وقد روي عن أبي حنيفة أن النفقة على الأب والأم بحسب الإرث، فالمرأة الموسرة بمقتضى هذه الرواية تجبر على ما يجبر عليه الرجل من نفقة الأقارب؛ لأن هذا الاستحقاق بطريق الصلة، فيستوي فيه الرجال والنساء.

---

(١) انظر: العناية للبابرتي ٤/٣٧٨، حاشية قليوبي ٤/٧٠.

(٢) حاشية ابن عابدين ٣/٦٢٣.

ولا يشارك الولد ولا يزاحمه أحد في النفقة على والده، وإذا تزاحم من تلزمهم النفقة بسبب قرابة الولادة يطلب الترجيح من وجه آخر وتكون النفقة على من وجد في حقه نوع رجحان، فإذا اجتمع الأب أو الأم والابن يترجح الابن وإن استويا في الجزئية؛ لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن أعرابيا أتى النبي ﷺ قال: «إن لي مالا وولدا وإن والدي يريد أن يجتاح مالي فقال: «أنت ومالك لأبيك إن أولادكم من أطيب كسبكم»[١]، ولا تنقسم النفقة على المتزاحمين بقدر الميراث، وإن كان كل واحد منهم وارثًا، ولم يوجد الترجيح، فالنفقة عليهم بالسوية في أظهر الروايتين عن أبي حنيفة، وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن النفقة بين الذكور والإناث بحسب الإرث[٢].

وأما قرابة غير الولادة: فهي ضربان: قرابة محرِّمة للنكاح، كالأخوة والعمومة والخؤولة، وقرابة غير محرمة للنكاح، كقرابة بني الأعمام والأخوال والخالات، أمَّا القرابة التي هي من الضرب الأول فهي المعتبرة في وجوب الإنفاق عند انتفاء قرابة الولادة، ثم إما أن تكون في حال الانفراد أو في حال الاجتماع، ففي حال انفراد شخص بذلك الوصف فإن النفقة تلزمه متى استجمع شرائط الوجوب الأخرى للنفقة على القريب؛ لأن الاختصاص بالسبب يوجب الاختصاص بالحكم[٣]، وفي حال الاجتماع والتزاحم، فالأصل المقرر أنه متى اجتمع الأقرب والأبعد فالنفقة على الأقرب، وعند التساوي يجعل استحقاق الإرث مرجحا، وعند التساوي في درجة القرابة وقوتها واستحقاق الإرث، فالنفقة على المتزاحمين بقدر إرثهم.

وبهذا يتضح أن قول الحنفية جار على معنى الضابط في حال ثبوت سبب

---

(١) سنن البيهقي ٧/ ٤٨٠.

(٢) انظر: المبسوط ٥/ ٢٠٩، ٢١٠، ٢٢٢، ٢٢٣، حاشية ابن عابدين ٣/ ٦٢٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/ ٣٢.

وجوب الإنفاق على القريب في أكثر من واحد على سبيل التساوي مع انتفاء المرجِّح، ففي هذا الحال تكون النفقة على المجتمعين بحسب إرثهم، وفيما سوى ذلك يكون مذهب الحنفية غير جار على معنى الضابط؛ لأنهم يعتبرون قرابة المحرمية مقدمة على قرابة غير المحرم وإن كان مستحقا للإرث، فيوجبون النفقة على بنت البنت ولا يوجبونها على ابن العم، بل يجعل هو في حق النفقة كالمعدوم، وكذلك كل عصبة ليس بذي رحم محرم، فلا نفقة عليه وإن كان الميراث له، ويعتبرون الجزئية مرجحًا عن استحقاق الإرث، فإذا اجتمع أخ شقيق وبنت بنت، فالنفقة عليها للجزئية وإن لم ترث، ولا نفقة على الأخ الشقيق في هذا المثال وإن كان وارثا[١].

ثانيًا: ضابط النفقة على الأقارب في مذهب المالكية:

يرى المالكية أن المعتبر في وجوب النفقة هي قرابة الولادة المباشرة، فلا تجب إلا على أول طبقة من الأصول والفروع، وفي حق من سواهم كآباء الآباء وأولاد الأولاد وكافة قرابة الحواشي كفروع الآباء من الإخوة والأخوات وفروع آباء الآباء كالأعمام والعمات تكون النفقة على سبيل الاستحباب[٢].

ولقد اختلفت أقوال المالكية في حال اجتماع الأولاد في النفقة على الوالد: هل توزع النفقة عليهم بالسوية أي على الرؤوس من غير نظر إلى اختلاف اليسار والذكورة والأنوثة وهو قول اللخمي عن ابن الماجشون وابن يونس عن أصْبَغ، أو بحسب الإرث فعلى الذكر ضعف ما على الأنثى، وهو قول ابن حبيب ومطرِّف، أو بحسب اليسار، وهو لمحمد وأصْبَغ، والثالث هو المشهور لدى المالكية[٣].

(١) انظر: المبسوط ٥/٢٢٢، بدائع الصنائع للكاساني ٤/٣١، ٣٢.

(٢) انظر: المدونة ٢/٢٦٤، التاج والإكليل للمواق ٥/٥٨٤.

(٣) انظر: التاج والإكليل للمواق ٥/٥٨٤، منح الجليل لعليش ٤/٤١٦.

ثالثًا : ضابط النفقة على الأقارب في مذهب الشافعية :

يرى الشافعية أن النفقة الواجبة بسبب القرابة تنحصر في عمودي النسب، فتجب للفروع على الأصول وإن علَوْن، وتجب للأصول على الفروع وإن سفَلْن، ولا نفقة واجبة على من سواهم من الأقارب؛ لأن الشرع إنما ورد بنفقة الوالدين والمولودين، ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكامها، فلا يصح قياسه عليه، ولا فرق في وجوب النفقة بحق الولادة بسبب النوع أو استحقاق الإرث أو اتحاد الدين[(١)].

ولقد اختلفت الشافعية فيما يصار إليه حال ثبوت الوصف الموجب للإنفاق في عـدة أشخاص، كما إذا اجتمع الأب والابن، أو الأب والأم، ونحو ذلك، ففي اجتماع الأب والابن وجهان: **أحدهما** : أن النفقة على الأب؛ لأن وجـوب النفقة عليـه منصوص عليه بقـول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] أمَّا وجوبها على الولد فهو ثابت بالاجتهاد، **والثاني** : أنهما سواء؛ لتساويهما في القرب والذكورة وفي حال اجتماع الأب والأم تكون النفقة **على** الأب؛ لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فجعل أجرة الرضاع على الأب، ولأن الأب ساوى الأم في الولادة وانفرد بالتعصيب، ولأن الرجال أقوى وأقدر على ذلك من النساء، فاعتبر الشافعية القرب ثم وصف الذكورة وجوه ترجيح عند الاجتماع، ، وعند التساوي وانتفاء المرجح كاجتماع الأولاد الذكور فإن توزيع النفقة عليهم يكون بقدر الإرث[(٢)].

---

(١) انظر: الأم للشافعي ٩٤/٥، ١٠٨، نهاية المحتاج للرملي ٢٣٦/٧، حاشية البجيرمي ٧٧/٤.

(٢) انظر: الغرر البهية لزكريا الأنصاري ٣٩٨/٤، تكملة المجموع للمطيعي ٣٠١/١٨.

رابعًا : ضابط النفقة على الأقارب في مذهب الحنابلة :

يرى الحنابلة أن النفقة تجب على كل وارث لمورثه، وهذا هو المنصوص عليه عندهم في المذهب، وبه قال الحسن ومجاهد والنخعي وقتادة والحسن بن صالح وابن أبي ليلى وأبو ثور، وحكى ابن المنذر عن أحمد في الصبي المرضع لا أب له ولا جد تكون نفقته وأجر رضاعه على أقاربه الوارثين من الرجال دون النساء، وهذه الرواية بهذا القدر توافق ما ذهب إليه الشافعية، وروى بكر بن محمد عن أبيه عن أحمد أن النفقة على العصبات وبه قال الأوزاعي وإسحاق.

وفي حال انفراد من وجبت في حقه النفقة لزمته ولا يجبر أحد على مشاركته فيها، أما في حال الاجتماع فإنها توزع عليهم بقدر إرثهم، إلا الأب فإنه يختص بنفقة ولده[1].

وبتأمل أقوال الفقهاء المذكورة وتفصيلاتها يتضح أن أكثر المذاهب إعمالاً للضابط الذي بين أيدينا هو مذهب الحنابلة، حيث إنه اعتبر النفقة على القريب من حيث الوجوب والقدر مقابلة بالقرابة المقتضية التوريث، بخلاف المذاهب الأخرى فإنها لم تعتبر استحقاق الإرث مناطًا في ذلك إلاَّ في نطاق ضيقٍ كما سبق بيانه.

أدلة الضابط :

١- بعد أن أوجب الله النفقة على الوالد بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] قال تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فأوجب النفقة على الوارث مثل ما أوجب ذلك على

(١) انظر: المغني لابن قدامة ١٧٣/٨، الفروع لابن مفلح ٥٩٥/٥، ٥٩٧.

الوالد، فدل على أن النفقة على القريب مقابلة بالإرث وبحسبه على كل وارث[١].

تطبيقات الضابط :

١- إذا كان لمستحق النفقة عم وخال فالنفقة على العم؛ لأنه هو الوارث[٢]، والنفقة تجب على كل وراث لمورثه.

٢- إذا كان لمستحق النفقة ابن أخ وبنت أخ، أو كان له ابن عم وبنت عم، فالنفقة تجب كلها على ابن الأخ في الأول، أو على ابن العم في الثاني؛ لأنهما هما الوارثان[٣]، إذ القرابة التي تقتضي التوريث توجب الإنفاق.

٣- إذا كان لمستحق النفقة جد هو أبو الأم وجد هو أبو الأب، فالنفقة على الجد الذي هو أبو الأب[٤] لأنه هو الوارث، والنفقة مقابلة بالإرث.

٤- إذا اجتمع جدٌّ وأم، فالنفقة بينهما للمستحق من الأقارب أثلاثًا، كالميراث[٥]؛ لأن النفقة تجب على الشخص للأقارب بقدر ما يرث.

٥- إذا اجتمعت أم وابن في النفقة على الأقارب، فعلى الأم السدس والباقي على الابن، كالميراث[٦]؛ لأن النفقة تجب على الشخص للأقارب بقدر ما يرث.

---

(١) انظر: المغني ٨/٧٤.
(٢) انظر: المفصل ١٠/٢١٣.
(٣) انظر: المفصل ١٠/٢١٣.
(٤) انظر: المفصل ١٠/٢٢٢.
(٥) المغني لابن قدامة ٨/١٧٥.
(٦) انظر: المغني ٨/١٧٥.

٦- إذا كان للشخص المفتقر إلى النفقة بنت وابن بنت، فالنفقة على البنت؛ لأنها هي الوارثة هنا[1]، والقرابة التي تقتضي التوريث توجب الإنفاق.

أ.د. مبروك عبد العظيم أحمد

* * *

(١) انظر: المغني ٨/١٧٥.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٣٨

نص الضابط: نَفَقَةُ القَرِيبِ مَبْنَاهَا عَلَى الكِفَايَةِ[(١)].

صيغ أخرى للضابط :

١- مناط الحكم في نفقة القريب الكفاية[(٢)].

٢- نفقة القريب على الكفاية[(٣)].

٣- الواجب في نفقته القريب قدر الكفاية[(٤)].

٤- النفقة في حق القريب باعتبار الحاجة والكفاية[(٥)].

٥- من وجبت عليه نفقته بالقرابة وجبت نفقته على قدر الكفاية[(٦)].

صيغ ذات علاقة :

١- تجب النفقة على كل وارث بقدر ما يرث[(٧)]. (تكامل).

(١) نهاية المطلب لإمام الحرمين ١٥/٥١٥.

(٢) المستصفى للغزالي ص ٢٨١.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ١/٥٢٦.

(٤) الإقناع للحجاوي ٤/١٥٠.

(٥) رد المحتار لابن عابدين ٣/٦١٣.

(٦) المفصل لزيدان ١٠/٢٣٨.

(٧) شرح أدب القاضي لابن مازة ٤/٣٠٥، وانظر: المقنع لابن قدامة ١/٣٢١ .

٢- نفقة القريب تسقط بمضي الزمان[١]. (تكامل).

٣- نفقة القريب مواساة[٢]. (أعم) .

٤- نفقة القريب لا تجب مع الإعسار[٣]. (قيد).

شرح الضابط :

هذا الضابط يتعلق بالنفقة على الأقارب، والمقرر لدى الفقهاء[٤] أن استحقاق نفقة الأقارب بطريق الصلة، فهي على الموسر بقدر حاله وبقدر ما تندفع به حاجة القريب مع مراعاة العادة[٥]، فللطفل مؤنة إرضاعه حولين، ولنحو شيخ وفطيم ما يليق به، ويعتبر حال المُنْفَقِ عليه في سنه وزهادته ورغبته، ويجب إشباعه لا المبالغة فيه، فإن اكتفى في يوم ولم يحتج لعارض فلا نفقة له، وإن كان رغيبًا لزمت كفايته، وإن كان زهيدا فعلى قدر حاجته[٦].

وبيان هذه الكفاية: أن يقال: لا ينتهي الإنفاق إلى رد النَّهَم والقَرَم[٧] وحسم الشهوة، ولكن الكفاية المطلقة ما يقي البدن ويدرأ عنه الضرار في الحال والمآل[٨].

---

(١) غمز عيون البصائر ٢/ ٣١٥.

(٢) الكافي لابن قدامة ٣/ ٣٧٥، ٣٨٠.

(٣) الذخيرة للقرافي ٦/ ٨١.

(٤) انظر: غمز عيون البصائر ٤/ ١٠١، حاشية الدسوقي ٢/ ٥٢٣، أسنى المطالب لزكريا الأنصاري ٣/ ٤٤٣- ٤٤٤، المغني لابن قدامة ٨/ ١٧٧، المحلى لابن حزم ٩/ ٢٦٦، التاج المذهب للعنسي ٢/ ٢٩٣، شرائع الإسلام للحلي ٢/ ٢٩٧، شرح النيل لأطفيش ١٤/ ٣٦.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسي ٥/ ٢٢٤.

(٦) انظر: نهاية المطلب لإمام الحرمين ١٥/ ٥١٥، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر ٤/ ٢١١- ٢١٢، الإقناع للحجاوي ٤/ ١٥٠، ١٥١، كشاف القناع ٥/ ٤٨٦.

(٧) بمعني: شدة الشهوة إلى أكل اللحم.

(٨) انظر: نهاية المطلب لإمام الحرمين ١٥/ ٥١٥.

وهذه النفقة على سبيل الإمتاع لا التمليك، وتظهر ثمرة ذلك في أنه لا يلزمه تسليم النفقة إلى قريبه الذي يستحق الإنفاق عليه؛ فلو قال له: «كُلْ معي» كفى، وإذا مضت أيام لم ينفق عليه فيها، سقطت نفقتها ولم تثبت دينًا في الذمة؛ فإن ما لا يجب التمليك فيه وابتنى على الكفاية استحال مصيره دينًا في الذمة، ولو أعطى لقريبة المستحق للنفقة نفقة أو كسوة لم يجز له أن يملكها لغيره(١).

أما القرابة الموجبة للنفقة فقد تنوعت اتجاهات الفقهاء في بيان من يستحق النفقة بسببها على ما هو مبين في صياغة ضوابط أخرى مثل: «تجب النفقة على كل وارث بقدر ما يرث»(٢).

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[البقرة: ٢٣٣].

المراد بالمعروف في الآية: أي بقدر حال المنفق من السعة والضيق، فدل ذلك على أن وجوب النفقة على القريب لقريبه منوط بالقدرة والاعتدال وبما تندفع به حاجة القريب(٣).

٢- لأن نفقة القريب وجبت لدفع حاجته الناجزة صلة ومواساة له من جهة قريبه، فاقتضى ذلك أن تكون بقدر ما تندفع به الحاجة وهو حد الكفاية(٤).

---

(١) انظر: نهاية المطلب لإمام الحرمين ٥١٦/١٥، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر ٢١١/٤- ٢١٢.

(٢) شرح أدب القاضي لابن مازة ٣٠٥/٤.

(٣) انظر: تفسير القرطبي ١٦٣/٣، تفسير ابن كثير ٦٣٤/١، أحكام القرآن للجصاص ١٢١/٣.

(٤) انظر: العناية للبابرتي٤٢٦/٤، أسنى المطالب ٤٤٣/٣، مغني المحتاج للخطيب الشربيني ١٨٦/٥، المغني ١٧٧/٨.

تطبيقات الضابط :

١- إن احتاج القريب إلى خادم فعلى من تجب عليه نفقته إخدامه؛ لأن ذلك من تمام كفايته[١].

٢- إن احتاج القريب إلى العلاج، فعلى من تلزمه نفقته كفايته من كل وجه حتى الدواء، وأجرة الطبيب[٢].

٣- يجب على الشخص نفقة قريبه إن كان طفلا بقدر ما يكفيه من مؤنة إرضاعه في الحولين[٣]؛ لأن نفقة القريب على الكفاية.

٤- لو قضى القاضي بنفقة الأولاد والأقارب ومضت مدة من الزمن دون إنفاق عليهم فإن نفقتهم تسقط؛ لأن نفقة هؤلاء تجب كفاية للحاجة حتى تجب مع اليسار[٤].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: المغني ٨/١٧٧، تكملة المجموع للمطيعي ١٨/٣٠٩.

(٢) انظر: المجموع للنووي ٦/١٧٢.

(٣) انظر: أسنى المطالب ٣/٤٤٣.

(٤) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٤/٢٣٣، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٣/٦١٣، الكافي لابن قدامة ٣/٣٨٠.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٣٩

نص الضابط: نَفَقَةُ القَرِيبِ مُواساةٌ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- نفقة القريب تجب على سبيل المواساة[٢]. (بتصرف).

٢- نفقة القريب محض مواساة[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- نفقة القريب مبناها على الكفاية[٤]. (بيان).

٢- تجب النفقة على كل وارث بقدر ما يرث[٥]. (بيان).

٣- نفقة القريب تسقط بمضي الزمان[٦]. (بيان).

٤- نفقة القريب لا تجب مع الإعسار[٧]. (بيان).

---

(١) المغني لابن قدامة ٨/١٧٦، الكافي لابن قدامة ٣/٣٧٥، ٣٨٠، البحر الزخار لابن المرتضى ٦/١٧٣، شرح النيل لأطفيش ١٤/١٤.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٨/١٦٩.

(٣) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٤/٢١٢.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي ٢/٢٢٦، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٥) شرح أدب القاضي لابن مازة ٤/٣٠٥.

(٦) غمز عيون البصائر للحموي ٢/٣١٥.

(٧) الذخيرة للقرافي ٦/٨١.

شرح الضابط :

هذا الضابط يتعلق بنفقة الأقارب، وأنها تجب على سبيل المواساة والمعروف والصلة، وقد اتفق الفقهاء على القول بهذا[(١)].

والمواساة: هي المشاركة والمساهمة في المعاش والرزق، فيقال: «واساه بماله مواساة» أي: أناله منه، فالتآسي في المعاش الاشتراك فيه، وكذلك التساهم بالمال[(٢)] وعليه فالنفقة على الأقارب تكون مشاركة لهم في مطعمهم ومشربهم وملبسهم ومسكنهم وكل ما يحتاجون إليه في معاشهم وأرزاقهم، كل هذا في إطار من المواساة والصلة والمعروف، ولهذه المواساة مظاهر كثيرة، نذكر منها:

١- أن هذه النفقة تكون على قدر كفاية هذا القريب الذي يستحق النفقة، وليس هناك تحديد بقدر معين من هذه النفقة، سواء في مطعمه أو ملبسه أو مسكنه أو نحو ذلك مما قد يحتاج إليه[(٣)].

٢- أن هذه النفقة تسقط بمضي الزمان؛ لأن نفقة الأقارب لا تثبت في الذمة، فإن المسقط لنفقة الأقارب بعد وجوبها هو مضي الزمان من غير قبض ولا استدانة، حتى لو فرض القاضي نفقة شهر للقريب فلم يقبض ولا استدان عليه حتى مضت المدة، سقطت النفقة؛ لأن هذه النفقة تجب صلة محضة، فلا يتأكد وجوبها إلا بالقبض أو ما يقوم مقامه[(٤)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٣٨/٤، التاج والإكليل للمواق ٥٨٩/٥، الأشباه والنظائر للأسيوطي ٥٢٦/١، الإنصاف للمرداوي ٣٦٦/٩، البحر الزخار ١٧٣/٦، الروضة البهية: النفقات وأسبابها، للعاملي وشرح النيل ١٤/١٤.

(٢) انظر: القاموس المحيط وتاج العروس للزبيدي، مادة "أ س ى".

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطي٢/٢٢٦.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٣٨/٤، التاج والإكليل ٥٨٩/٥، الأشباه والنظائر١/٥٢٦، الإنصاف ٣٦٦/٩.

ولكن في حال ثبوت الاحتيال من القريب على سقوط نفقة قريبه المستحق للنفقة بالمماطلة معتمدًا على أنها تسقط بمضي الزمان، يمكن للمنفَق عليه أن يرفع أمره إلى الحاكم ليفرض النفقة عليه، ثم يستأذنه في الاستدانة عليه بقدرها، فإذا فعل ألزمه الحاكم بقضاء ما استدانه المنفَق عليه[١].

٣- أنها تجب على الغني لمن يحتاج من أقاربه، انطلاقا من الضابط العام «غني الأسرة ينفق على فقيرها»، فيشترط لوجوب الإنفاق على أقاربه أن يكونوا فقراء لا مال لهم، ولا كسب يستغنون به عن إنفاق غيرهم، فإن كانوا موسرين بمال أو كسب يستغنون به، فلا نفقة لهم؛ لأنها تجب على سبيل المواساة، والموسر مستغن عن المواساة[٢] أي: أنها لا تجب إلا مع يسار المُنْفِق وحاجة وفقر المُنْفَق عليه؛ فيلزم القريب الذي عنده زيادة عن قوته وقوت زوجته أن ينفق على قريبه الذي ليس عنده ما يكفيه؛ لأن المقصود منها سد خلة المنفق عليه بوصول كفايته إليه، وذلك يكون بالمال، لذلك فإن هذه النفقة صلة تشبه المؤنة كما يقول بعض الفقهاء[٣].

٤- إن نفقة القريب ليست تمليكا وإنما هي إمتاع؛ ومعنى كونها إمتاعا: أنها للنفع الحاضر[٤]، وقد علل الفقهاء لذلك: بأنها ليست بعوض بل معونة ومواساة، وإذا كانت إمتاعًا لا تمليكا فلا يلزم المتبرع بذلك الإمتاع والمواساة نقلها إلى محل المنفق عليه، بل له أن يقول له: ائتني لأواسيك، لكن محل هذا فيما إذا سهل على المنفَق عليه الإتيان، وإلا فالذي يتجه أنه يلزم المنفِق إرسالها

---

(١) انظر: أسنى المطالب للأنصاري ٣٩٨/٤، إعلام الموقعين لابن القيم ٢٨٥/٣.

(٢) انظر: المغني ١٦٩/٨، الكافي لابن قدامة ٣٧٥/٣.

(٣) انظر: التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ١٦٦/٢، الغرر البهية للأنصاري ٣٩٧/٤، مطالب أولي النهى ٦٤٣/٥، المحلى ٢٦٦/٩- ٢٦٧، التاج المذهب ٢٩١/٢- ٢٩٢، الروضة البهية: النفقات وأسبابها.

(٤) انظر: المغرب للمطرزي ص ٤٣٥.

إلى محل المنفَق عليه؛ لأن اللازم له الكفاية، ولا تتم إلا بإيصالها إليه، وهذا ما يستدعيه حسن الخُلق في مجال الإحسان إلى الخَلق.

أما في حالة الإنفاق على الأب فإن اللائق بطلب مزيد احترامه وبره أن لا يكلف المجيء صباحًا ومساءً إلى بيت ابنه.

وأما من هو في حضانة أمه، فالأنثى يلزم الأب نقل كفايتها إلى بيت أمها الثابت لها حضانتها أصالة أو باختيارها بعد تمييزها، فيزورها الأب ولا يطلب إحضارها عنده، بل يلاحظها بقيامه بتأديبها وتعليمها وتحمل مؤنتها، وكذلك الصغير الذي لا يميز والمجنون، فيكونان عند أمهما ليلا ونهارا ويزورهما الأب ويلاحظهما بما ذكر[(١)].

ويقرر إمام الحرمين في ذلك قاعدة نفيسة فيقول: ما يبتنى على الكفاية فلا يشترط التمليك فيه[(٢)] فلما كانت نفقة القريب مبناها على الكفاية كان ذلك دليلا على كونها للإمتاع وليست للتمليك، بمعنى أنه يجب على الغني أن ينفق على قريبه المستحق للنفقة بما يسد حاجته، ولا يلزمه تسليم النفقة إليه، فإذا أطعمه معه كفاه ذلك، كما أنه إذا أعطاه نفقة أو كسوة لم يجز له أن يملكها لغيره[(٣)].

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٣٣].

٢- عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ: أنه قال يوما لأصحابه: «تصدقوا» فقال رجل: يا رسول الله، عندي دينار، قال: «أنفقه على

(١) انظر: الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢٠٩/٤.

(٢) انظر: نهاية المطلب للجويني ٥١٦/١٥.

(٣) انظر: نهاية المطلب ٥١٦/١٥، أسنى المطالب ٤٤٤/٣، الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر الهيتمي ٢١٢/٤.

نفسك» قال: إن عندي آخر، قال: «أنفقه على زوجتك» قال: إن عندي آخر، قال: «أنفقه على ولدك» قال: إن عندي آخر، قال: «أنفقه على خادمك» قال: إن عندي آخر، قال: «أنت أبصر»[١].

قال النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»[٢].

وهذه الأدلة وإن كانت خاصة بالزوجة، والولد، والخادم، ولكنها تتناول الأقارب، والأقربون أولى بالمعروف.

تطبيقات الضابط:

١- إذا قال الغني لقريبه الفقير: كل معي، فأكل معه سقطت نفقته بذلك؛ لأنها مواساة[٣].

٢- من لم يفضل عن قوته إلا نفقة شخص واحد وكانت عنده زوجة، فالنفقة لها دون الأقارب؛ لقول النبي ﷺ في حديث جابر: «ابدأ بنفسك فتصدق عليها، فإن فضل شيء فلأهلك، فإن فضل عن أهلك شيء فلذي قرابتك، فإن فضل عن ذي قرابتك شيء فهكذا وهكذا»[٤] ولأن نفقة القريب مواساة، ونفقة المرأة تجب بسبب عقد الزواج، فقدمت على مجرد المواساة[٥].

---

(١) رواه أحمد ١٢/٣٨١ (٧٤١٩) و ١٦/١٠٤ (١٠٠٨٦)، وأبو داود ٢/٣٨٧ (١٦٨٨)، والنسائي ٥/٦٢ (٢٥٣٥).

(٢) رواه البخاري ٣/٧٩ (٢٢١١) ومواضع أخر، ومسلم ٣/١٣٣٨ (١٧١٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) انظر: نهاية المطلب ١٥/٥١٦، وأسنى المطالب ٣/٤٤٤.

(٤) رواه مسلم ٢/٦٩٢ (٩٩٧) بطوله من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنه.

(٥) انظر: المغني ٨/١٧٦، الكافي لابن قدامة ٣/٣٧٥.

٣- لا تجب نفقة الأقارب مع اختلافهم في الدين؛ لأنها مواساة على البر والصلة، وبه قال الحنابلة[1].

٤- إذا احتاج الأب الكبير الطاعن في السن إلى رعاية خاصة في مأكله وملبسه وشؤونه الخاصة، فإنه يجب على ولده الموسر الإنفاق عليه في هذا وتوفيره له.

٥- إذا احتاج ولده إلى تعليم خاص لكونه معوقًا لا يستطيع مواصلة التعليم إلا تحت ظروف خاصة، فإنه يجب على والده الموسر الإنفاق عليه في ذلك.

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

(١) انظر: المغني مع الشرح الكبير ٢٥٩/٩، الروض المربع ٣٦٢/٢ ط دار الكتب العلمية.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٤٠

نص الضابط: نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ مُقَدَّرَةٌ بالكِفايَةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- نفقة الزوجة على مقدار الكفاية[٢].

٢- المعتبر في نفقة الزوجة ما تقع به الكفاية[٣].

٣- النفقة بحسب الكفاية المعتادة[٤].

صيغ ذات علاقة:

١- الأصل لزوم النفقة الزوجية[٥]. (أصل).

٢- التكليف بحسب الوسع[٦]. (أصل).

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني٤/٢٣، وانظر: طرح التثريب للعراقي٧/١٦١، المغني لابن قدامة ٨/١٥٧، المبدع لابن مفلح ٨/١٨٦، الإنصاف للمرداوي ٩/٣٥٥، كشاف القناع للبهوتي ٥/٤٦٠.

(٢) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/١٠٥.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسي ٥/١٨٥.

(٤) المفهم لأبي العباس القرطبي (كتاب الأقضية - باب حكم الحاكم في الظاهر لا يغير حكم الباطن): حديث "خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك".

(٥) البحر الزخار لابن المرتضى ٤/١٤٩.

(٦) المبسوط ١١/٢٣٨، وانظرها بلفظها في قسم القواعد الفقهية.

شرح الضابط :

موضوع هذا الضابط يتعلق بالمقدار المطلوب في النفقة الزوجية، وهو أن تكون نفقتها بما يكفيها على قدر استطاعة الزوج يسرًا وعسرًا من غير إسراف ولا تقتير[١].

والكفاية المطلوبة في النفقة الزوجية: يُعتبر فيها العرف والعادة، وهو ما أفادته إحدى صيغ هذا الضابط: «النفقة ليست مقدَّرة بمقدار مخصوص؛ وإنما ذلك بحسب الكفاية المعتادة».

فتكون النفقة الزوجية حسب الأحوال غلاء ورخصا، وتختلف باختلاف الأماكن والأقاليم، وبحسب حالة كل من الـمُنفِق والـمُنفَق عليه، فتُقدّر بالاجتهاد على مجرى العادة[٢] ويدل لذلك قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فإنه يقتضي وجوب نفقة الزوجات على الزوج (وهو المعبر عنه بـ «المولود له») بالمعروف[٣]، «والمعروف: الكفاية» كما قاله ابن قدامة[٤] لأن «إيجاب أقلّ من الكفاية من الرزق: تركٌ للمعروف، وإيجاب قدر الكفاية إنفاقٌ بالمعروف، فيكون ذلك هو الواجب»[٥].

وهذا ما توضحه نصوص بعض أهل العلم:

قال الجصاص في الآية المذكورة آنفا: وقوله تعالى: ﴿بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ يدل على أن الواجب من النفقة والكسوة هو على قدر حال الرجل في إعساره ويساره؛ إذ ليس من المعروف إلزام المعسر أكثر مما يقدر عليه ويمكنه، ولا

---

(١) انظر: ميثاق الأسرة في الإسلام، مادة ٦٩.

(٢) انظر: أحكام القرآن لابن العربي ٤/٢٨٩، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٣٩.

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٢/١٠٥، تفسير القرطبي ٣/١٦٠.

(٤) المغني ٨/١٥٦.

(٥) المغني ٨/١٥٧.

إلزام الموسر الشيء الطفيف ويدل أيضًا على أنها على مقدار الكفاية مع اعتبار حال الزوج»[١].

وجاء في «المفهم» لأبي العباس القرطبي في الكلام على قول النبي ﷺ لهند بنت عُتبة رضي الله عنها: «خذي من ماله بالمعروف ما يَكفيكِ ويكفي بَنِيْكِ»[٢] قال: «يعني بالمعروف: القدر الذي عرف بالعادة أنه كفاية»[٣] وبنحو هذا قال العراقي في «طرح التثريب» في الكلام على هذا الحديث حيث قال: «فيه وجوب نفقة الزوجة، وأنها مقدّرة بالكفاية، وهو المشهور من مذاهب العلماء»[٤].

وقال صاحب «منار السبيل»: «يجب على الزوج ما لا غناء لزوجته عنه من مأكل ومشرب وملبس ومسكن، بالمعروف»[٥].

وقال ابن عبد البر في النفقة على الزوجات: «مقدار النفقة على مقدار حال الرجل من عُسره ويُسره، ما كان معروفا من مثله لمثلها»[٦].

هذا والنفقة الكفائية للزوجة لا بد أن تشتمل على الأنواع الضرورية من النفقات التي لا غنى للزوجة عنها، وهي:

- **الطعام**: ويدل عليه قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١٠٥/٢.

(٢) رواه البخاري ٧٩/٣ (٢٢١١) ومواضع أخر، ومسلم ١٣٣٨/٣ (١٧١٤) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٣) المفهم لأبي العباس القرطبي (كتاب الأقضية- باب حكم الحاكم في الظاهر لا يغير حكم الباطن)، نيل الأوطار للشوكاني ١٣١/٧.

(٤) طرح التثريب ١٦١/٧.

(٥) منار السبيل لابن ضويان ٢٦٦/٢.

(٦) الكافي لابن عبد البر ص٢٥٦.

[البقرة: ٢٣٣] فالمراد بالرزق: الطعام الكافي كما قاله القرطبي المفسّر[١].

- المسكن: ويدل عليه قوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] يعني: أن سكن الزوجة مستحق على زوجها مدة نكاحها وفي عدة طلاقها[٢] ويدخل ضمن هذا: تأثيث المسكن بالأمتعة الضرورية كالفراش والغطاء والأواني وآلات التنظيف وكل ما تحتاج إليه المرأة من حاجات المعيشة اللازمة داخل البيت بحسب العرف والعادة[٣].

- الملبس: وتدل عليه الآية التي سبقت قريبا: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وجاء في حديث جابر قول رسول الله ﷺ: «ولهنّ عليكم رزقهنّ وكسوتهنّ بالمعروف»[٤].

ومما يتبع النفقة الزوجية الكفائية أيضًا:

- توفير خادم للزوجة إذا كانت ممن تستحق الخدمة حسب الشروط المعروفة عند الفقهاء، لقوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ ومن العشرة بالمعروف أن يُقيم لها من يخدمها وبهذا قال جمهور أصحاب المذاهب[٥] وقال ابن حزم: «ليس على الزوج أن ينفق على خادمٍ لزوجته»[٦].

---

(١) تفسير القرطبي ١٦٣/٣.

(٢) النكت والعيون للماوردي (سورة الطلاق: الآية ٦) مع الخلاف الفقهي المعروف في المطلّقة التي تستحق السكنى والتي لا تستحق.

(٣) انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٧٣.

(٤) جزء من حديث رواه مسلم ٨٨٦/٢ (١٢١٨) من حديث جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، وانظر:، المغني لابن قدامة ١٥٦/٨.

(٥) انظر: الفتاوى الهندية ٥٤٨/١، بدائع الصنائع ٢٤/٤، وشرح الخرشي ١٨٦/٤، مغني المحتاج للشربيني ٤٣٢/٣، كشاف القناع ٤٦٣/٥، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٧٨-٧٧٩، السيل الجرار للشوكاني ٤٤٨/٢، الجامع للشرائع للحلي ص ٤٨٧.

(٦) المحلى ٢٥١/٩ وكلمة "خادم" بهذه الصيغة، تطلق على الرجل والمرأة جميعًا على الأفصح يقال: هو خادم، وهي خادم أما "الخادمة" بالهاء في المؤنث فلا يقال إلا في لغة شاذة قليلة كما قاله النووي=

ومن أهم الأمور التي تتبع النفقة الكفائية للزوجة:

- **العلاج من الأمراض:** ولم يأت نص صريح يدل على دخوله ضمن النفقة الزوجية، ولعل لهذا اتفق الأئمة الأربعة على عدم إيجابه على الزوج[١] لكن نقل الشيخ عليش في «منح الجليل» عن ابن عبد الحكم - من كبار فقهاء المالكية - أن (على الزوج أجر الطبيب والمداواة)[٢] وهو قول الزيدية[٣] وهو رأي وجيه للاعتبارات التالية[٤]:

١- أن رسول الله ﷺ قال لهند بنت عتبة: «خذي ما يكفيكِ وولدكِ بالمعروف»[٥] فهنا أمرٌ بأخذ الكفاية بلفظ عام، ومن كفايتها: القيام بعلاجها.

٢- أن وجوب النفقة على الزوج هو لحفظ صحة الزوجة، والدواء من جملة ما يحفظ به صحتها[٦].

٣ - أنه يدخل ضمن قواعد حسن العشرة بين الزوجين مثل قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] وقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وهي آيات جاءت في سياق العشرة الزوجية.

ولا شك أن العلاج من الأولويات التي تدخل في حقوق الإنسان،

= في شرح صحيح مسلم ١١/١٢٨-١٢٩، وانظر: المصباح المنير للفيّومي ١/١٦٥، والمعجم الوسيط ١/٢٢١.

(١) انظر: الفتاوى الهندية ١/٥٤٨، شرح الخرشي ٤/١٨٧، مغني المحتاج ٣/٤٣١، كشاف القناع ٥/٤٦٣.

(٢) منح الجليل ٤/٣٩٢، فتاوى الأزهر ١/٣٣٣.

(٣) انظر: السيل الجرار ٢/٤٤٨.

(٤) انظر: ميثاق الأسرة في الإسلام، المذكرة التفسيرية، مادة ٦٩، فتاوى الأزهر ١/٣٣٣ و٢/٣٠٣، فتاوى اللجنة الدائمة ١٩/٣٧٨، السيل الجرار ٢/٤٤٨، الشرح الممتع لابن عثيمين ١٣/٤٦٢.

(٥) سبق تخريجه.

(٦) انظر: السيل الجرار ٢/٤٤٨.

ومقتضى ذلك أن يُبذَل ديانةً وحسبةً لله تعالى لمن قدر على بذله لمن يحتاج إليه أيًا كان هو، فضلاً عن أن يكون ذلك الشخص ممن وصفه الله بكونه سكنًا للزوج ومودة ورحمة له، وهي الزوجة، ولهذا فإن عناية الزوج بزوجته في مرضها والقيام بكل ما يلزمها من علاجها هو الذي يتفق مع رابطة الزوجية السامية وآداب الإسلام العالية(١)، وذلك «لأن النكاح يُعقد للصحبة والأُلفة، وليس من الألفة أن يَمتنع من الإنفاق عليها ويردّها إلى أهلها إذا مرضت»(٢)، ولأن الزوجة أولى الناس بحسن عشرة زوجها من غيرها؛ كما قال النبي ﷺ: «خيركم خيركم لأهله، وأنا خيركم لأهلي»(٣).

وليس من المعاشرة بالمعروف تَركُها وهي مريضة ليعالجها غيره، كما أنه ليس من المودة ولا من الرحمة أن يَترك الزوجُ زوجته تتلوّى وتئنّ من المرض دون إسعافها بعرضها على الطبيب مع كونه قادرا على ذلك(٤).

كما قد حذر ﷺ من التقصير فى تضييع من يكون تحت عيال الرجل ومسؤوليته فقال: «كفى بالمرء إثمًا أن يُضيِّع من يَقُوت»(٥).

وبهذا الرأي أخذ بعض أصحاب الفتوى من العلماء المعاصرين فقالوا بوجوب مصاريف علاج الزوجة على الزوج من ماله الخاص ولو كانت الزوجة

---

(١) انظر: الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٣٢-٢٣٣، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٣٠، تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٥٢-٥٣، بدائع الصنائع ٤/١٩-٢٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٥٠٨، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٢٣ و ٢/٦٨، مغني المحتاج ٣/٤٣٧، المغني لابن قدامة ٨/١٨٢، كشاف القناع ٥/٤٧٠، شرائع الإسلام للحلي ٢/٢٩٢.

(٢) تبيين الحقائق ٣/٥٣.

(٣) سنن الترمذي ٥/٧٠٩.

(٤) انظر: ميثاق الأسرة في الإسلام، المذكرة التفسيرية، مادة ٦٩.

(٥) رواه أحمد ١١/٣٦ (٦٤٩٥)، وأبو داود ٢/١٣٢ (١٦٩٢) من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما، وهو في صحيح مسلم ٢/٦٩٢ (٩٩٦) بلفظ "كفى بالمرء إثما أن يحبس، عمن يملك قوته" وانظر: فتاوى الأزهر ١٠/٢٨.

غنية، قالوا: «وهو رأي وجيه نرى الأخذ والإفتاء به»[١] وبه أخذ القانون المصرى للأحوال الشخصية رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ حيث نصت المادة ٢/٤: على أن النفقة تشمل الغذاء والكساء والمسكن ومصاريف العلاج وغير ذلك مما يقضي به العرف[٢].

أدلة الضابط:

١- قوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧] «وهي في سياق أحكام الزوجات»[٣].

٢- قول النبي ﷺ لهند: «خُذي ما يكفيكِ وولدكِ بالمعروف»[٤] استدل به ابن العربي فيما يتعلق بتقدير النفقة الزوجية وأنها على الكفاية، فقال: «الأصل فيه قول النبي ﷺ لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»، فأحالها على الكفاية حين عَلِم السَّعةَ من حال أبي سفيان الواجب عليه بطلبها»[٥].

حديث ما حقُّ زوج أحدنا عليه؟ قال: «تُطعِمها إذا أكلتَ وتَكْسُوها إذا اكتسيتَ» الحديث[٦] «دلّ الحديث على وجوب نفقة الزوجة وكسوتها، وأن النفقة بقدر سعته لا يكلف فوق وسعه»[٧].

الإجماع فقد ذكر البهوتي في كشاف القناع أنه يلزم الزوجَ لزوجته الكفايةَ

(١) فتاوى الأزهر ١/٣٣٣ و ٢/٣٠٣.
(٢) فتاوى الأزهر ١٠/٢٨.
(٣) شرح منتهى الإرادات للبهوتي ٣/٢٢٥.
(٤) سبق تخريجه.
(٥) أحكام القرآن لابن العربي ٤/٢٨٩.
(٦) رواه أحمد ٣٣/٢١٣ (٢٠٠١١)، وأبو داود ٢/٢٤٤ (٢١٤٢)، وابن ماجه ١/٥٩٣ (١٨٥٠) من حديث حكيم بن معاوية البهزي عن أبيه.
(٧) سبل السلام للصنعاني ٣/١٤١.

من الخبز والأدم والكسوة وتوابعِها، إجماعا[١] وفي «مطالب أولي النهى»: «على زوجٍ ما لا غناء لزوجته عنه، إجماعا»[٢].

تطبيقات الضابط :

١- إذا كان لرجل غني زوجتان: إحداهما غنية مثله، والأخرى فقيرة جدا، فهل يُسوِّي بينهما في النفقة أخذًا بما حث عليه الشارع من العدل والتسوية بين الزوجات وحسن المعاشرة؟ أو ينفق على كل واحدة منهما ما يكفيها بحسب العرف؟ المسألة محل نظر فإن العدل المطلق يقضي بالتسوية المطلقة بينهما؛ لكن إذا فسّرنا العدل بينهما بأن ينفق على كل واحدة منهما ما يكفيها بالمعروف من ماله بحسب حالها، كان لهذا التفسير وجه مقبول، وعليه فلا حرج أن تكون نفقة الزوجة الفقيرة بحسب ما يكفيها وإن كان ذلك دون نفقة ضرّتها الموسِرة، لأن النفقة تجب بطريق الكفاية، والفقيرة لا تحتاج إلى كفاية الموسِرات، فلا معنى للزيادة[٣].

٢- إذا لم يقم الزوج بنفقة الكفاية المطلوبة منه شرعًا للزوجة، جاز لها أن تأخذ من مال زوجها ولو بغير علمه، بقدر ما يكفيها من النفقة حسب ما جرت به عادة أمثالها من النساء وإن كان لها أولاد فيجوز لها أن تأخذ لهم أيضًا ما يحتاجون إليه من النفقات حسب العرف والعادة فإذا زادت في كل ذلك عن حدّ الكفاية والحاجة، لم يجُز[٤].

---

(١) انظر: كشاف القناع ٥/٤٦٠.

(٢) مطالب أولي النهى للرحيباني ٥/٦١٧.

(٣) انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٥٥، الهداية للمرغيناني ٢/٣٩-٤٠.

(٤) انظر: منتقى الأخبار للمجد ابن تيمية وشرحه نيل الأوطار للشوكاني ٧/١٣١، زاد المعاد لابن القيم ٥/٥٠٣، منار السبيل لابن ضويان ٢/٢٧١، ميثاق الأسرة في الإسلام، المذكرة التفسيرية، مادة ٧٣.

٣- إذا اشتَطّت المرأة وطَلَبتْ من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها، لم تُعطَ، وكذلك إذا قَصّر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة، لم يَحِلّ ذلك، ويُجبر على نفقة مثلها[(١)].

٤- إذا قُدر مقدار للنفقة الزوجية عن طريق القضاء أو بتراضي الزوجين، ثم حالت الأحوال فتبين أنه أقل من كفايتها، فلها طلب الزيادة؛ كما أن للرجل أن يطلب نقص القدر المفروض عليه من النفقة إذا تغيرت الأحوال عن الوقت الذي كان صدر فيه ذلك المقدار المفروض وصار أكثرَ من الواجب عليه[(٢)].

٥- إذا كان الزوج موسرا ذا سعة وكانت الزوجة من ذوات الأقدار والمكانة ليس من شأنها الخدمة، فعليه أن يأتي بخادم لها مع ما يكفي من نفقة هذا الخادم على حسب العرف بشرط أن يكون متفرغا لخدمتها وذلك لأن كفاية الزوجة واجبة على الزوج، وهذا من تمام الكفاية إذ لا بد للمرأة من الخادم[(٣)] أما إذا كان الزوج معسراً فلا تجب عليه نفقة خادم الزوجة؛ لأن الواجب على المعسر أدنى الكفاية، وهي قد تكتفي بخدمة نفسها[(٤)].

٦- إن قال الزوج لزوجته: أنا أخدمكِ بنفسي، ففي وجه عند الحنابلة: يلزمها الرضى به لأن الكفاية تحصل به والثاني: لا يلزمها لأنها

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ١٠٥/٢، العرف لأحمد فهمي أبو سنة ص ٤٩.

(٢) انظر: الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٣٩.

(٣) انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٦٦ و٧٧٧-٧٧٩، بدائع الصنائع ٢٤/٤، والهداية ٤١/٢، مغني المحتاج ٤٣٢/٣، كشاف القناع ٤٦٣/٥، شرح الخرشي ١٨٦/٤، والجامع للشرائع للحلي ص ٤٨٧، شرح النيل لأطفيش.

(٤) الهداية ٤١/٢.

تحتشمه فلا تستوفي حقها من الخدمة[١].

٧- «أجرة القابلة تجب على الزوج سواء استحضرها هو، أو استحضرتها الزوجة، أو جاءت من تلقاء نفسها؛ لأنها كأجر الطبيب فتجب عليه أخذا بقول ابن عبد الحكم الذى رجحنا العمل به»[٢].

٨- مصاريف تجهيز الزوجة ودفنها حتى تُوارَى فى قبرها من نفقات غسلها وكفنها وحملها ودفنها وكل ما يقتضيه تجهيزها حسب المعروف بغير إسراف ولا تقتير، يكون ذلك كله على زوجها يؤدّيه من ماله ولو كانت الزوجة غنية، لأن نفقة تجهيز من تلزم المرءَ نفقتُه واجبةٌ عليه حال حياته، وإذا مات قبل أن يؤدّيها بُدىء بأدائها من تركته، كما يُبدأ بأداء ما يكفي لتجهيز نفسه وقد أخذ بذلك قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ فى المادة رقم ٤ التى أوجبت إخراج ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن فصار على الزوج نفقة تجهيز زوجته حال حياته، وفى ماله بعد وفاته[٣].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

---

(١) الكافي لابن قدامة ٣/٣٦٤.

(٢) فتاوى الأزهر ١/٣٣٣.

(٣) انظر: فتاوى الأزهر ٢/٣٠٣.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٤١

نص الضابط: فَوَاتُ الاحتِبَاسِ لا مِنْ جِهَةِ الزّوجِ: يُوجِبُ سقوطَ النّفقةِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الأصل أن كلَّ ما فَوَّتَ الاحتباسَ لا من جهة الزوج، يُسقِط النفقةَ[٢].

٢- المعتبرُ لسقوط النفقة، فواتُ الاحتباس لا من جهة الزوج[٣].

صيغ ذات علاقة:

١- نفقة النكاح إنما تجب بسبب الاحتباس المستحق بعد النكاح[٤]. (أصل للضابط).

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعي ٥٣/٣ وأصل الصيغة هكذا: "فواتُ الاحتباس لا مِن قِبَله [يعني الزوج] يُوجب سقوطَ النفقة".

(٢) أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٣٢.

(٣) المحيط البرهاني لابن مازة ١٧٠/٤ وبنحوه في البحر الرائق ١٩٧/٤، حاشية ابن عابدين ٥٧٨/٣.

(٤) المحيط البرهاني ١٦٦/٤ وانظر: الهداية للمرغيناني ٤٦/٢، وبألفاظ أخر نحو: "نفقة الزَّوْجَاتِ تَجِبُ جَزَاءً عَلَى الاحْتِبَاسِ" بدائع الصنائع للكاساني ٢٥/٤، ونحو: "نفقة المرأة في مقابلة الاحتباس" العناية على الهداية للبابرتي ٤١٤/٤، البحر الرائق لابن نجيم ٢٠٠/٤، ونحو: "النفقة عوضٌ عن الاحتباس في بيت الزوج" المحيط البرهاني ١٩٩/٤ والعناية على الهداية للبابرتي ٣٨٥/٤ وفي المحيط البرهاني ١٧٠/٤ "النفقة إنما تجب عوضًا عن الاحتباس في بيت الزوج" وفيه أيضًا ١٩٥/٤ "نفقة المرأة إنما تُستحق عوضًا عن الاحتباس في بيت الزوج".

شرح الضابط :

المراد بكلمة «الاحتباس» هنا: ليس هو بمعنى السجن والقيد العُرفي، وإنما بمعنى بقاء الزوجة وقرارها في بيت الزوجية، وهو نوعٌ من الأَسْر لها لأنه تقييد لحرّيتها في الخروج من البيت ومنه يُعرَّف الاعتكاف في المسجد: بأنه احتباس[١]، لأنه بقاء في المسجد بصفة دائمة ضمن المدة المحددة للاعتكاف وبهذا المعنى أيضًا، استُعملت الكلمة لدى الفقهاء في (الأوقاف) حيث يقال لها: الأحباس[٢]، وما ذلك إلا لأن الشيء الموقوف يُحبس بصفة دائمة على الجهة التي تعيّن صرفه لها، فلا يجوز إخراجه عن تلك الجهة إلا بمسوّغ شرعي.

ويمكن تقريب مفهوم هذا «الاحتباس» بأنه بمعنى «حق الاحتفاظ» وبهذا المعنى يطلق الفقهاء قولهم: للبائع حق احتباس السلعة لأجل الثمن[٣] وأيضا يسمى الرهن: احتباسا[٤].

وبهذا يُفهم معنى (احتباس المرأة في بيت الزوجية) وهو أن المرأة مطالَبةٌ بأن تمكث في بيت الزوجية لأداء الالتزامات والمهام المنوطة بها داخل هذا البيت، تحقيقا للمصالح المشتركة بين الزوجين، وكذا لمصلحة الأولاد.

ولقد جاء التعبير عن هذا المصطلح «الاحتباس» - الخاص بالمرأة - على لسان النبوة في قوله عليه الصلاة والسلام: «استوصوا بالنساء خيرًا فإنما هنّ عوانٍ عندكم»[٥] فمعنى كلمة «عوان» أنهن محبوسات محصورات في بيت الزوجية لحق الزوج[٦].

---

(١) مختار الصحاح للرازي ص ١٨٨ (مادة عكف) .
(٢) وقد عَنْوَن بعضهم باب الوقف بـ"الأحباس" كابن عبد البر في الكافي ص ٥٣٦.
(٣) انظر: الحاوي للماوردي ٣/٣٦٦.
(٤) الحاوي ٦/٤.
(٥) سنن الترمذي ٣/٤٦٧.
(٦) انظر: المفهم لأبي العباس القرطبي (باب حجة النبي ﷺ) ١٠/٨٢ وقال الترمذي في سننه ٣/٤٦٧: "ومعنى قوله (عوان عندكم) يعني أسرى في يديكم"

ثم إن هذا الوصف «الاحتباس»: هو وصف تشريف وتكريم للمرأة، وليس وصفَ تنقّص أو تقليل من شأنها، ولهذا امتَدح الله تعالى به الحُورَ العِينَ في الجنة، فقال: «حُورٌ مقصوراتٌ في الخيام» «أي محبوسات حبسَ صيانةٍ وتكرمة»[1].

ومعنى الضابط: أنه «لما كانت الشريعة الإسلامية قد جَعَلَتْ حقوق الزوجية وواجباتها متقابلةً، فحين أَلزَمَتْ الزوجَ بالإنفاق على زوجته في حدود استطاعته، أَوجَبَتْ على الزوجة طاعتَه، وكان مظهرُ هذه الطاعة: أن تستقر الزوجة في مسكن الزوجية»[2]؛ «ويلزم من هذا أن لا تُترَكَ الزوجةُ تذهب حيثما شاءت؛ صيانةً للنسب وتفرغًا لما يجب للزوج على زوجته شرعًا، وفي هذا ما يَمنع الزوجةَ من الاكتساب والسعي في طلب الرزق بدون رضا زوجها؛ فمن أجل هذا وجبت نفقتها عليه»[3] «لكونها محبوسة على الدوام لحقه»[4].

وأصل موضوع الضابط متفق عليه بين أهل العلم، وهو أن الاحتباس هو القدر المشترك عند الجميع، في استحقاق النفقة الزوجية[5] ولهذا «إذا فَوَّتت

---

(١) انظر: تفسير القرطبي ١٨٩/١٧، تفسير الطبري ٧٧/٢٣-٧٨ وجاء في تفسير الرازي ١١٨/٢٩ و١١٣/٢٩ في بيان وجه هذا الوصف للحُور العين: أنه "إشارة إلى عظمتهن فإنهن ما قُصرن حجراً عليهن" وإنما ذلك بيان "لعظمتهن وعفافهن، وذلك لأن المرأة التي لا يكون لها رادع من نفسها ولا يكون لها أولياء، يكون فيها نوع هوان، وإذا كان لها أولياء أعزّة، امتنعت عن الخروج والبروز، وذلك يدل على عظمتهن".

(٢) أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٤٣.

(٣) أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٢٧-٧٢٨.

(٤) كشف الأسرار للبزدوي ٤٦٢/٤، وانظر: منار السبيل لابن ضويان ٢٦٦/٢، فتاوى الأزهر ١٦٢/٢.

(٥) إلا أن هناك خلافًا بين الحنفية وبين غيرهم في بيان وجه ارتباط النفقة بالاحتباس وأثره فيها، فالجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) يقولون: إن نفقة الزوجة تجب صلةً مستحقةً بعقد الزواج وثمرةً من ثمراته، ثم يلزمها الاحتباس جزاءً على النفقة انظر: الشرح الكبير للدردير ٥٠٨/٢، مغني المحتاج للشربيني ٤٣٥/٣، الإنصاف للمرداوي ٣٧٦/٩، كشف الأسرار للبزدوي ٣٣٩/٤، شرائع الإسلام للحلي ٢٩١/٢-٢٩٢ وأما الحنفية فيقولون: تجب النفقة ابتداءً من العقد في مقابل الاحتباس الواجب عليها عند الرجل انظر: كشف الأسرار للبزدوي ٣٣٩/٤.

المرأة على الرجل حقَّ الاحتباس الشرعي بغير حق، فلا نفقة لها، وتُعدّ ناشزة»[١]، والناشز لا نفقة لها بالإجماع[٢].

ثم إن الاحتباس الذي يوجب النفقة الزوجية: يشمل (الاحتباس الفعلي، والاعتباري) معًا فالاحتباس الفعلي: هو أن تنتقل الزوجة فعلاً إلى بيت الزوج بعد الزفاف أما الاعتباري: فهو أن تكون المرأةُ مستعدّة وجاهزةً للانتقال إلى بيت الزوجية، لولا وجود عوائق طبيعية أو شرعية تمنعها من ذلك، كأن تكون مريضةً مثلا، أو لم تتسلّم معجّل صداقها، ففي مثل هذه الحالات، هي مستحقة للنفقة ولو لم يتحقق الاحتباس الفعلي أما إذا لم يتحقق الاحتباس الفعلي ولا الاعتباري، فلا نفقة[٣].

ومما تجدر الإشارة إليه أن المراد بقيد «لا من جهة الزوج» في نص الضابط، هو أن عدم الاحتباس الذي يُعتبر ويُعتدّ به في إسقاط نفقة الزوجة، هو ما كان من جهة غير الزوج[٤] أما إذا كان ذلك من جهة الزوج وبسببه، فإن نفقتها باقية لا تسقط، كما ستأتي صورُه في التطبيقات.

أدلة الضابط :

١- قوله ﷺ: «اتقوا الله عز وجل في النساء فإنهن عندكم عوانٍ وإن لهن عليكم ولكم عليهن حقا: أن لا يُوطِئْنَ فُرُشَكم أحدًا غيركم، ولا يَأْذَنَّ في بيوتكم لأحد تكرهونه؛ ولهن رزقهنّ وكسوتهن

---

(١) الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٣٦، فتاوى الأزهر ٩/٢٣٠.

(٢) التاج والإكليل للمواق ٤/١٨٨، جواهر العقود للمنهاجي ٢/١٧٤، وأوجب ابن حزم النفقة الزوجية مطلقا سواء كانت المرأة ناشزًا أو غير ناشز المحلى ٩/٢٤٩.

(٣) انظر: الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٣٢-٢٣٤.

(٤) سواء كان من جهة المرأة نفسها، أو من جهة غيرها كأبيها مثلاً انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٣٢.

بالمعروف»[١] فذكرُ النبي ﷺ لنفقة الزوجة (المتمثلة في الرزق والكسوة) في سياق قوله: «هنّ عوانٍ عندكم»: يشير إلى الصلة والارتباط بين النفقة وبين الاحتباس[٢].

٢- قاعدة الغُـنْم بالغُـرْم[٣] وذلك أن النفقة التي تستحقها الزوجة، هي الطرف الذي تمثله كلمة «الغُـنم» إذ هو مَكسبٌ لها؛ والاحتباس المطلوب منها في بيت الزوجية، هو الطرف الذي تمثله كلمة «الغُـرم» لأنه أمرٌ مطلوبٌ منها فمعنى ذلك أن ما تستحقه الزوجة من النفقات، إنما يكون بمقابل ما تتحمله من تبعة البقاء في بيت الزوجية لأن الغُـنم بالغُـرم، فإذا لم تفعل ذلك فلا نفقة لها.

٣- **قاعدة**: كل من حُبس بسبب حقٍّ مقصودٍ لغيره، كانت نفقته عليه؛ لعدم تفرغه لحاجة نفسه[٤].

تطبيقات الضابط:

١- إنْ مَرِضتْ الزوجة قبل الزفاف، فيقول الحنفية: إذا كان يمكنها الانتقال إلى بيت الزوجية، ولا تُمانع في ذلك، فالنفقة لها واجبة، لأن معنى الاحتباس المقصود في وجوب النفقة، حاصل أما إذا كان لا يمكنها الانتقال إلى بيت الزوجية، فلا نفقة لها عندهم، لأن الاحتباس ليس بمتحقق لا فعلاً ولا اعتبارًا إذ لا يوجد الاستعداد للانتقال هذا إذا كان المرض قبل الزفاف[٥] أما إذا زُفّت المرأة سليمةً

(١) رواه الترمذي ٣/٤٦٧ (١١٦٣)، والنسائي في الكبرى ٨/٢٦٤ (٩١٢٤)، وابـن ماجـه ١/٥٩٤ (١٨٥١).

(٢) انظر: منار السبيل لابن ضويان ٢/٢٦٦، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص٧٢٧-٧٢٨.

(٣) الهداية للمرغيناني ٣/٢٧١.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٥١.

(٥) انظر: الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٣٢-٢٣٣، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٣٠، تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٥٢-٥٣، بدائع الصنائع ٤/١٩-٢٠.

إلى الزوج، ثم مرضت في بيت الزوج، فلها النفقة ولو كان مرضُها مزمنًا، وذلك لأن الاحتباس قد تم كاملاً، والمرض عارضٌ، وهو كيفما كان قابلٌ للزوال، والحقوق الدائمة لا تسقط بالأمور العارضة وعلاوة على هذا فإن وجوب النفقة في هذه الحالة هو الذي يتفق مع رابطة الزوجية السامية[1]، وذلك «لأن النكاح يُعقد للصحبة والأُلفة، وليس من الألفة أن يَمتنع من الإنفاق عليها ويردّها إلى أهلها إذا مرضت»[2].

٢- إذا لم يمكن للرجل استيفاء حقوق الزوجية بسببٍ يرجع إليه هو دون زوجته، مثل أن يكون الرجل مريضًا، أو محبوسًا في دَينٍ، أو خارجًا لسفرٍ، فإن ذلك لا يؤثر في إسقاط نفقة الزوجة، لأن الاحتباس قائم من طرف الزوجة، أما عدم إمكان الزوج بالانتفاع بهذا الاحتباس فهو راجع له وحده، ولهذا فحق الزوجة باق في النفقة[3].

٣- تجب النفقة للحائض والنفساء والعجوز ونحوهن، لأن الاحتباس الموجب للنفقة لا ينحصر في معنى الاستمتاع فقط، بل يشمل أمورًا أخرى تقوم بها الزوجة، كحفظ البيت، ومؤانسةِ الزوج، ورعايةِ شؤونه وشؤونِ أولاده، وغير ذلك من المنافع والمصالح المرتبطة ببيت الزوجية، فهذا المعنى من الاحتباس قائم في حق هذا النوع من النساء، فلذا كان موجبًا للنفقة[4].

---

(١) انظر: الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٣٢-٢٣٣، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٣٠، تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٥٢-٥٣، بدائع الصنائع ٤/١٩-٢٠، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٥٠٨، الفواكه الدواني للنفراوي ٢/٢٣ و ٢/٦٨، مغني المحتاج ٣/٤٣٧، المغني لابن قدامة ٨/١٨٢، كشاف القناع ٥/٤٧٠، شرائع الإسلام للحلي ٢/٢٩٢.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٥٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٤/١٩، المغني ٨/١٨٢، كشاف القناع ٥/٤٧٠، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٣٤، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٢٩.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٥٢، بدائع الصنائع ٤/٢٠، مغني المحتاج ٣/٤٣٧، كشاف القناع ٥/٤٧٠، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٣٢.

٤- إذا امتنعت الزوجة عن الاحتباس في بيت الزوجية لمسوغ جائز، لا تسقط نفقتها: كأن تمتنع عن الانتقال لمسكن الزوجية لأن ضرّتها أيضًا ساكنةٌ فيه، ومن حق المرأة أن تسكن في مسكن خالٍ من الضرّة، لأن وجود الضرّة معها إيذاءٌ لها، أو لكون المسكن غيرَ مستوفٍ للمرافق الشرعية والضرورية، أو لكون الزوج في بلد بعيد عنها، ففي مثل هذه المسائل لا تسقط نفقتها، لأن الاحتباس هنا وإن فات، فذلك بسبب حق جائز لها، ولهذا يعتبر موجودًا حكمًا (وهو كونها مستعدة للانتقال لبيت الزوجية إذا لم تكن تلك العوائق ونحوها موجودة)[1].

٥- إذا أراد الزوج أن ينقُل الزوجة إلى بلدٍ آخر غيرِ بلدها، ولم يكن ذلك بقصد الإضرار بها، كأن يكون عمله في ذلك البلد، فله حق السفر بها ونقلها إلى هناك، فإن امتنعت فقد امتنعت بغير حق شرعي، ولذا يحق له إجبارها بحكم القضاء بالطاعة، وليس لها النفقة في مدة الامتناع لتفويتها حق الاحتباس[2].

٦- الزوجة المحبوسة بسبب دَينٍ عليها: لا يلزم زوجَها نفقتُها مدة الحبس، عند الحنفية والشافعية والحنابلة، لأن حق الاحتباس الثابت بعقد النكاح قد بطل بطروء حبس الدَّين، لأن صاحب الدين أحق بحبسها بالدين[3] ويَلتحق بهذا أيضًا: الزوجة المعتقَلة أو التي منعها أولياؤها من القرار في بيت زوجها[4].

---

(١) انظر: الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٣٤، تبيين الحقائق للزيلعي ٣/٥٢.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٣/٣٧٣، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٣٥.

(٣) انظر: الفتاوى الهندية ١/٥٤٥، مغني المحتاج ٣/٤٣٧، كشاف القناع ٥/٤٧٤، أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٣٢، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم لعبد الكريم زيدان ٧/١٦٧.

(٤) انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٣٥.

استثناءات من الضابط:

١- المرأة المتوفى عنها زوجها، لا تجب نفقتها في العدّة سواء كانت حاملاً أم غيرَ حاملٍ، عند الحنفية والمالكية والشافعية[١]؛ وعلّل الحنفية ذلك بأن احتباسها الآن ليس لحق الزوج بل لحق الشرع[٢].

٢- خروج الزوجة للعمل المشروع بإذن الزوج، أو أنه تزوّجها عالمًا بعملها: لا يُسقِط نفقتها، لأن الزوج يكون قد رضي بالاحتباس الناقص من طرف الزوجة، فيكون مأخوذًا برضاه في مدة الرضا وتجب النفقة[٣] وقد قال الشيخ محمد أبو زهرة عن هذا الرأي: «إنه معقول»[٤].

د. محمد يحيى بلال منيار

* * *

(١) انظر: تبيين الحقائق٣/٦١، القوانين الفقهية لابن جزي ص ١٥٩، كفاية الأخيار للحصني ص٤٣١، تفسير القرطبي ٣/١٨٥، فتاوى الأزهر ٢/٢٧٤.

(٢) انظر: تبيين الحقائق ٣/٦١.

(٣) انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٣٥، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٣٧-٢٣٨.

(٤) انظر: أحكام الأحوال الشخصية لأحمد إبراهيم ص ٧٣٥، الأحوال الشخصية لمحمد أبي زهرة ص ٢٣٧-٢٣٨.

ضوابط باب النسب



رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٤٢

نص الضابط: النَّسَبُ يُحْتَاطُ فِي إِثْبَاتِه[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- النسب إنما يحتاط لإثباته[٢].

٢- أمر النسب مبني على الاحتياط[٣].

٣- النسب يحتال لإثباته مهما أمكن[٤].

٤- النسب يغلب فيه الإثبات[٥].

ضوابط ذات علاقة :

١- كل نكاح يدرأ فيه الحد فالولد لا حق بالوطء[٦]. (أخص).

---

(١) اللباب ١٨٨/١، الهداية ٢١١/١، و٣٤/٢، فتح القدير ١٧٨/٣، الجوهرة النيرة ٢٠/٢، البيان للعمراني ٤١٥/١٠ وفي لفظ: "النسب مما يحتاط في إثباته" البحر الرائق ١٦٩/٤، الكافي لابن قدامة ٢٩٤/٣، المغني ١٢٠/٥ وبنحوه في نهاية المحتاج ١١٠/٥، ٢٣٤/٧.

(٢) الشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٢٨٥/٥، وفي لفظ: "النسب يحتاط لإثباته لا لنفيه" المهذب ٨٤/٣، الكافي لابن قدامة ٢٨٨/٣ وفي لفظ: "إنما يحتاط لإثبات النسب لا لنفيه" المبسوط٨٦/٧ .

(٣) المبسوط ١٠٠/١٧ وفي لفظ عنده: إثبات النسب مبني على الاحتياط ٤٥/٦.

(٤) درر الحكام شرح غرر الأحكام ٤٣٢/٤، و بدون كلمة "مهما أمكن" في تبيين الحقائق ٣٨/٣، ٣٩، و٤٤ وفي لفظ: يحتاط في إثبات النسب ما أمكن " حاشية ابن عابدين ٤٩/٣.

(٥) المبدع ١٩٨/١٠.

(٦) القوانين الفقهية ص ١٤٠ وفي لفظ – عن الإمام أحمد: "كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد" مسائل الإمام أحمد وابن راهويه ص٤٨٦، المغني ٦٦/٨.

٢- الولد للفراش[١]. (أخص).

٣- النسب يثبت بالتسامح[٢]. (أخص).

٤- النسب لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة[٣]. (تلازم).

شرح الضابط :

النسب في اصطلاح الفقهاء هو القرابة، وهي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة أو هو الانتساب لأب معين[٤].

لا شك أن النسب أقوى الدعائم التي تقوم عليها الأسرة، ويرتبط به أفرادها، لذلك اهتمت الشريعة الإسلامية بثبوت النسب، ومن القواعد المقررة في الشريعة الإسلامية: أن الشارع متشوف إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها[٥]؛ «وذلك لما فيها من التعاون والتعارف فيحصل بذلك عمارة الدنيا وعبادة الله تعالى»[٦].

ولمراعاة هذا المقصد الشريف اعتبر الشرع الحنيف الأحوال النادرة في لحوق النسب، وأقر أيسر السبل لثبوته، وهذا المعنى هو ما يعبر عنه الضابط الذي بين أيدينا: «النسب يحتاط في إثباته» وقد اتفق على مدلوله المذاهب الأربعة[٧].

---

(١) هو لفظ حديث شريف رواه البخاري ٨١/٣(٢٢١٨)، وفي مواضع أخر، ومسلم ١٠٨٠/٢(١٤٥٧) من حديث عائشة رضي الله عنها، وانظره بلفظه في قسم الضوابط الفقهية.

(٢) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٢١٢/٥.

(٣) الشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٤٠٥/٦ (بتصرف يسير).

(٤) انظر: الموسوعة الفقهية الكويتية ٢٣١/٤٠.

(٥) انظر: بلغة السالك٥٤٠/٣، شرح الخرشي على مختصر خليل ١٣٠/٤، الطرق الحكمية ص ٣٢٣، الموسوعة الفقهية ٤٨/١٢.

(٦) فتاوى السبكي ٣٨٥/١ .

(٧) انظر: بالإضافة إلى مصادر الصيغ الأخرى - بلغة السالك ٥٤٠/٣.

ومعناه: أن من أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ويمكن أن يكون من غيره ألحقناه به احتياطا لثبوته، ولم نقطعه عنه احتياطا لنفيه[(١)]، فالمصير إلى إثبات النسب متعين متى أمكن ذلك، ولا يحكم بانقطاع النسب إلا حيث يتعذر إثباته[(٢)]؛ إحياءً للولد وعدم تضييعه.

وهناك جملة من الأمور يتجلى من خلالها الأخذ بالاحتياط في باب النسب، منها:

- أن الشرع اكتفى في ثبوته بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة والدعوى المجردة مع الإمكان وظاهر الفراش[(٣)].

ومن ذلك أيضًا: ما تقرر شرعًا من أن كل من درئ عنه الحد ألحق به النسب، وبناءً على هذا اتفق الفقهاء على ثبوت النسب في النكاح الفاسد - إذا اتصل به دخول حقيقي، وكذلك ذهب عامتهم إلى ثبوته في الوطء بالشبهة[(٤)].

- ومن ذلك أيضًا «أن التناقض [في الدعوى] ساقط الاعتبار شرعًا في باب النسب»[(٥)].

- و«إذا تعارض ظاهران في ثبوت النسب قدم المثبت له؛ لوجوب الاحتياط فيه»[(٦)].

---

(١) انظر: المغني ٨/٥٧.

(٢) انظر: النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته لسفيان بن عمر بورقعة ص٢٥٠.

(٣) انظر: الطرق الحكمية ص ٣٢٣، الفروق ٤/٩٩، مغني المحتاج ٤/٤٨٩، الموسوعة الفقهية الكويتية ٣٤/٩٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/٢٤٤، شرح الخرشي على مختصر خليل ٤/١٧٤، شرح ميارة ١/٢٧٥، البيان لعمراني ٩/١٥٦، و٩/٤٥٨، المغني ٨/٩٨، الإنصاف ٩/٢٦٨، الموسوعة الفقهية الكويتية ٤٠/٢٣٦.

(٥) بدائع الصنائع ٦/٢٤٣.

(٦) البحر الرائق ٤/١٧٦.

ومن أبرز مظاهر الاحتياط في ثبوت النسب في الشريعة الإسلامية أن وسعت وعددت الطرق والأدلة لإثباته: فمنها: الفراش - ومعناه: أن تتعين المرأة للولادة لشخص واحد[1]، والبينة، والإقرار (الاستلحاق) - بشروطه، والاستفاضة أو الشهادة بالسماع، وهو أن يشتهر الخبر بين الناس بأن فلانا ابن فلان، ويصير شائعا ومتداولا بين الناس، ثم يشهد الشهود بناء على ما هو شائع، ولهذا تسمى الشهادة بالسماع[2].

كما يتجلى الاحتياط في ثبوت النسب في كيفية إعمال وتطبيق هذه الأدلة، فمثلاً:

اعتبر جمهور الفقهاء إمكان حصول الوطء بين الزوجين كافيًا في ثبوت النسب، بعد ثبوت الفراش[3]، بل قال بعضهم: «النسب يحتاط لإثباته، ولهذا لو ولدت امرأة رجل وهو غائب عنها بعد عشرين سنة من غيبته لحقه وإن لم يعرف له قدوم إليها ولا عرف لها خروج من بلدها»[4].

ومثل ذلك قول بعضهم: «إذا ولدت امرأة الرجل على فراشه فقال الزوج: زنا بك فلان وهذا الولد منه وصدقته المرأة وأقر فلان بذلك، فإن نسب الولد ثابت من الزوج؛ لأنه صاحب الفراش وثبوت النسب باعتبار الفراش وبعد ما ثبت بفراش النكاح لا ينقطع إلا باللعان ولا لعان بينهما؛ لإقرارها على نفسها بالزنى»[5]، وأبعد من ذلك قول الحنفية في ثبوت النسب من نكاح المشرقي بالمغربية، وإن لم يلتقيا في الظاهر.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٣/٤٣.

(٢) انظر: النسب ومدى تأثير المستجدات العلمية في إثباته ص٢٨٧.

(٣) للعلماء في هذا ثلاثة مذاهب، راجعها ضمن الشرح لضابط "الولد للفراش".

(٤) المغني ٥/١٢٠.

(٥) المبسوط ١٧/١٥٥.

وكذلك فيما يتعلق بالبينة، فإنها وإن لم يثبت إلا بشهادة الرجال عند جماهير الفقهاء، إلا أنهم قالوا إن الولادة تثبت بشهادة النساء – على اختلاف بينهم في عددهن – فإذا ثبتت الولادة ثبت النسب تبعًا لذلك؛ لما تقرر شرعًا من أنه «يثبت تبعا ما لا يثبت استقلالا»[١].

وكذلك الإقرار بالنسب يثبت بالإيماء مع القدرة على النطق، بخلاف سائر التصرفات[٢] وكان من لازم الاحتياط في ثبوت النسب أن شُدِّد في طرق نفيه بعد ثبوته، كما نطقت بذلك بعض صيغ الضابط، ولذلك قالوا: «إن النسب يحتاط له لإثباته ويثبت بأدنى دليل، ويلزم من ذلك التشديد في نفيه وأنه لا ينتفي إلا بأقوى الأدلة»[٣].

ولا يخفى أن ثبوت النسب مقيد بإمكان إلحاق الولد بأبيه عادة وشرعًا، فلا يصح ثبوت نسب من لا يولد لمثله، مثل ابن خمس سنين – في حالة الفراش – أو نسب من يدعي من هو أكبر منه سنًا أنه ولده؛ لأن نفي النسب في مثل هذه الحالات منتفٍ حسًا وعادة، كما أن نسب الولد من الزاني منتفٍ شرعًا قال الماوردي – رحمه الله تعالى: «ما استحال عقلا وشرعا في لحوق الأنساب لم يثبت به نسب كابن عشرين إذا ادعى أبوه ابن عشرين سنة لم يلحق لاستحالته، كذلك ادعاء امرأتين ولدا لم يلحق بهما لاستحالته»[٤].

وتجدر الإشارة إلى أن وجوب الاحتياط في ثبوت النسب ليس معناه التهاون في أمر النسب، كلاّ، فكما حرَّم الإسلام على الرجل أن يجحد ولده، حرم كذلك على المرأة أن تنسب إلى رجل من ليس منه، وشدد النكير على من

---

(١) انظر: المنثور ١/٢٣٩، قواعد الفقه لابن رجب ص ٢٩٨.

(٢) انظر: فتح القدير ٣/١٩٧.

(٣) الشرح الكبير لعبد الرحمن بن قدامة ٦/٤٠٥ وانظر: المبسوط ٦/١٥٦، و١٧/١٠٠، حاشية ابن عابدين ٨/١٨٠.

(٤) الحاوي ١٧/٣٨١.

فعل ذلك، قال ﷺ:«أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته، وأيما رجل جحد ولده، وهو ينظر إليه، احتجب الله منه، وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين»[1].

أدلة الضابط:

هذا الضابط مستنبط من استقراء النصوص الشرعية والفروع الفقهية، فإن المتأمل فيها يجد أن النسب يثبت بأيسر السبل، ولا ينتفي إلا بأقواها، منها:

١- قوله تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] و﴿وَفِصَٰلُهُۥ فِى عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤]، فقد استنبط منهما علي بن أبي طالب - رضي الله تعالى عنه - أن أقل مدة الحمل ستة أشهر[2]، وأجمع الفقهاء على ذلك[3] ومع الولادة بعد ستة أشهر أمر نادر، و«النادر لا حكم له»[4]، لكنه كان معتبرًا في باب ثبوت النسب، فدل على أن النسب يحتاط لإثباته.

٢- حديث أبي هريرة: أن رجلا من بني فزارة أتى النبي ﷺ فقال: يا نبي الله، إن امرأته ولدت غلاما أسود - وكأنه يعرض أن ينتفي منه - فقال له رسول الله ﷺ: «ألك إبل؟» قال: نعم قال: «ما ألوانها؟» قال: حمر قال: «هل فيها ذود أورق؟» قال: نعم، فيها ذود أورق قال: «ومم ذاك؟» قال: لعله نزعه عرق قال، فقال رسول الله ﷺ: وهذا، «لعله يكون نزعه عرق»[5] فلم يلتفت النبي ﷺ إلى اختلاف اللون

---

(١) رواه أبو داود ٢/٢٧٩ (٢٢٦٣)، والنسائي ٦/١٧٩ (٣٤٨١)، وابن ماجه ٣/٩١٦ (٢٧٤٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه.

(٢) انظر: تفسير الطبري ٢٥/١٠٢.

(٣) انظر: أضواء البيان ٢/٢٢٦، و٧/٢٢٣.

(٤) المهذب ٢/٣٢٤، الأشباه والنظائر لابن السبكي ٢/١٢٦، المنثور ٣/٢٤٦.

(٥) رواه البخاري ٧/٥٣ (٥٣٠٥) واللفظ له، ورواه بلفظٍ مقارب ٨/١٧٣ (٦٨٤٧) و ٩/١٠١-١٠٢ (٧٣١٤)، ومسلم ٢/١١٣٧-١١٣٨ (١٥٠٠)/(٢٠).

وانتفاء الشبه في الظاهر، ولم يرشد الرجل إلى نفي ولده؛ احتياطًا لنسب الولد عن الضياع.

٣- قوله ﷺ: «الولد للفراش»[١] هذا الحديث أصل في هذا الباب، ولذلك قال الفقهاء: «النسب مما يحتال لإثباته بما أمكن، ولو تَوَهُّمًا؛ عملا بنص (الولد للفراش)»[٢].

٤- إن في الاحتياط في إثبات النسب نظرًا للولد، وصيانة له عن الضياع[٣] فيتشوف الشارع إليه - كما سبق - وكل ما يتشوف الشارع إليه يحتاط لإثباته، والحفاظ عليه ما أمكن[٤].

تطبيقات الضابط :

١- يثبت النسب بالإيماء - في الإقرار - مع القدرة على النطق، بخلاف سائر التصرفات؛ وذلك لوجوب الاحتياط في ثبوته[٥].

٢- إذا أتت امرأته بولدين توأمين وانتفى عن أحدهما: وأقر بالآخر أوترك نفيه من غير عذر، لحقه الولدان؛ لأنهما حمل واحد، فلا يجوز أن يلحقه أحدهما دون الآخر، وجعلنا ما انتفى منه تابعًا لما أقر به، ولم

---

(١) جزء من حديث رواه البخاري ٨١/٣ (٢٢١٨) وفي مواضع أخر، ومسلم ١٠٨٠/٢ (١٤٥٧) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٢) حاشية ابن عابدين ٤١٣/٣.

(٣) انظر: اللباب ١٨٨/١، حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٥٤٤/٣.

(٤) قال ابن القيم - رحمه الله تعالى: "إن الشارع يتشوف إلى ثبوت الأنساب مهما أمكن، ولا يحكم بانقطاع النسب إلا حيث يتعذر إثباته، ولهذا ثبت بالفراش وبالدعوى وبالأسباب التي بمثلها لا يثبت نتاج الحيوان" الطرق الحكمية ص ١٩١ ومما يؤكد أن ما يتشوف إليه الشرع يحتاط لإثباته قول ابن قدامة - رحمه لله تعالى: "العتق مما يتشوف إليه ويبنى على التغليب والسراية، فينبغي أن يسهل طريق إثباته" المغني ٣٢٧/١٠ ومن ذلك أيضًا درء الحدود بالشبهات، لأن الشارع يتشوف إلى درئها انظر: إعانة الطالبين ١٨٥/٤، كفاية الأخيار ٤٨٣/١.

(٥) انظر: فتح القدير ٣٦٠/٤.

نجعل ما أقر به تابعًا لما انتفى منه؛ لأن النسب يحتاط لإثباته ولا يحتاط لنفيه[١].

٣- إن استلحق صغيرا فلما بلغ كذبه، فإن نسبه لا يندفع بذلك لأن النسب يحتاط له[٢].

٤- إذا فرق القاضي بين الزوجين في النكاح الفاسد، فإن نسب ولدها يثبت من زوجها؛ لأن النسب يحتاط في إثباته صيانة للولد عن الضياع[٣].

٥- إن ولدت الزوجة ثم اختلفت مع زوجها فقال الزوج تزوجتك منذ أربعة أشهر، وقالت هي: منذ ستة أشهر، فالقول قولها ويثبت نسب الولد منه؛ لأنه إذا تعارض ظاهران في ثبوت نسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط فيه[٤].

٦- لو أن صبيا عمره تسع سنين و ستة أشهر أو سبعة فأتت زوجته بولد لحق به في أحد الوجهين عند الشافعية؛ لأن النسب يحتاط في إثباته وإن أتت به بعد أن كمل للصبي عشر سنين، ومضت مدة الحمل بعد ذلك لحقه الولد بلا خلاف؛ لأن ابن العشر قد ينزل الماء الدافق الذي يخلق منه الولد وإن كان نادرا، إلا أن الولد يلحق بالإمكان، وإن خالف الظاهر[٥].

٧- إذا تزوج من يولد لمثله بامرأة فأتت بولد لستة أشهر فصاعدا بعد

---

(١) المهذب ٣/ ٨٤ وانظر: المبسوط ٨٦/٧، البيان للعمراني ١٠/ ٤٣٧، الكافي لابن قدامة ٢٨٨/٣.

(٢) انظر: روضة الطالبين ٤/ ٤١٤، إعانة الطالبين ٣٣٨/٣.

(٣) انظر: الجوهرة النيرة ٢/ ٢٠، اللباب ١/ ١٨٨.

(٤) انظر: فتح القدير ١٧٨/٣.

(٥) انظر: البيان ١٠/ ٤١٥.

إمكان اجتماعهما على الوطء لحقه نسبه؛ لاحتمال علوقه بعد العقد؛ لأن النسب يحتاط في إثباته ما أمكن[١].

٨- يكفي في تصديق الولد بالوالد - وفي عكسه - سكوته إذا أقر به، وللشاهد أن يشهد بنسبهما بناء على ذلك؛ لأن النسب يحتاط له فاكتفى بالسكوت، كما لو بُشِّر بولد فسكت، بخلاف سائر الأشياء[٢].

٩- لو قدمت امرأة من بلد أجنبي[٣] «ومعها طفل فأقر به رجل لحقه؛ لوجود الإمكان وعدم المنازع؛ لأنه يحتمل أن يكون دخل أرضهم أو دخلت في دار الإسلام ووطئها والنسب يحتاط لإثباته»[٤].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٣/٤٩، الكافي لابن قدامة ٣/٢٩٩.

(٢) انظر: النكت والفوائد السنية ٢/٤٠٤.

(٣) مثل له ابن قدامة ببلد الروم.

(٤) المغني ٥/١٢٠.



رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٤٣

نص الضابط: الولدُ لِلفِرَاشِ[١].

صيغ أخرى للضابط:

١- الأصل في النسب الفراش الصحيح[٢].

٢- مبنى النسب الفراش[٣].

٣- الولد للفراش متى كان قائما[٤].

٤- الولد للفراش ما لم ينفه رب الفراش باللعان[٥].

٥- مهما كان الفراش ثابتا شرعا كان الولد لاحقا قطعا[٦].

---

(١) هو جزء من حديث شريف رواه البخاري ٣/٨١ (٢٢١٨) وفي مواضع أخر، ومسلم ٢/١٠٨٠ (١٤٥٧) من حديث عائشة رضي الله عنها، ويأتي ذكره بتمامه.
وانظر: الحجة لمحمد بن الحسن الشيباني ٣/٢٧٣، ٤٣٢، ٢٧٦، شرح معاني الآثار ٣/١٠٤، ١٠٥، ١١٤، ٤٧٣، الذخيرة للقرافي ٤/٣٠١، ٩/٣١٣، التمهيد ٤/٣٠٨، المعيار المعرب ٤/٧٢، ٤٧٨، ٥١٥، الحاوي للماوردي ١٠/٥٥، ١٦٢، حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٦/١٩٠، زاد المعاد ٤/٢٣٤، ٥/٣٦٧، المحلى ٩/٣٠٢، السيل الجرار ٢/٣٢٩، ٣٣٢.

(٢) انظر: البناية ٥/٣٦٧، وفي فتح الغفار لابن نجيم ٣/٥٠: "صحة الفراش توجب حقيقة النسب".

(٣) إعلاء السنن ٥/٤٦٠.
وانظر: شرح المجلة للأتاسي ٤/٦٧١.

(٤) المقارنات التشريعية لعبد الله حسين ١/٢٨٢، ٢٣٧، ٢٧٠.

(٥) السنن الكبرى للبيهقي ٧/٤٠٢.

(٦) السيل الجرار ٢/٤٠٢.

٦- مهما أمكن إحالة النسب إلى الفراش الصحيح كان أولى[١].

٧- من لا فراش له فلا نسب له[٢].

صيغ ذات علاقة :

١- النسب يحتاط في إثباته[٣]. (أعم).

٢- النكاح الفاسد يلحق بالصحيح في حكم النسب. (بيان).

٣- الوطء بالشبهة يلحق به النسب[٤]. (استثناء).

شرح الضابط :

هذا الضابط منطوق حديث نبوي شريف، وهو يبين طريقة من طرق إثبات النسب للمولود والسبب الذي ورد من أجله هذا الحديث هو أن أهل الجاهلية كانوا يفتنون إماءهم، ويضربون عليهن الضرائب فكان هؤلاء الإماء يكتسبن بالفجور، وكان من سيرتهم في ذلك إلحاق النسب بالزناة إذا ادعوا الولد كما هو في النكاح، وكانت لزمعة أمة كان يلم بها[٥]، وكانت له عليها ضريبة، فظهر بها حمل كان يظن أنه من عتبة بن أبي وقاص، وهلك عتبة كافرا لم يسلم فعهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص أن يستلحق الحمل الذي بأمة زمعة، وكان لزمعة ابن يقال له عبد «فلما كان عام الفتح، أخذه سعد، فقال: ابن أخي قد كان عهد إلي فيه، فقام عبد بن زمعة فقال: أخي، وابن أمة أبي ولد على فراشه، فتساوقا

---

(١) الفتاوى الهندية ٥٣٨/١.

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٣٠٦/٣.

(٣) البحر الرائق ١٧٦/٤، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "النسب يحتاط في إثباته لا في نفيه".

(٤) المبدع في شرح المقنع ٩٦/٧ وبنحوه في المبسوط ٤٢/٧ وانظر أيضًا: تبيين الحقائق ٤٦/٣، روضة الطالبين ١١٢/٧، غاية البيان شرح زبد بن رسلان ٢٥٢/١.

(٥) يلم بها: أي يجامعها.

إلى رسول الله ﷺ، فقال سعد: يا رسول الله، ابن أخي كان عهد إلي فيه، فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي، فقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش وللعاهر الحجر» ثم قال لسودة بنت زمعة: «احتجبي منه» لما رأى من شبهه بعتبة، فما رآها حتى لقي الله»[١].

والفراش في هذا الحديث إنما هو كناية عن حالة الافتراش والمرأة مشبهة بالفراش؛ لأنها تفترش، فكأن النبي ﷺ أعلمنا أن الولد لهذه الحال التي فيها الافتراش، فمتى وجد الفراش ثبت الولد[٢].

واللام في قوله ﷺ: «للفراش» للاختصاص: أي إن الولد تابع للفراش أو محكوم به للفراش[٣]، والمضاف فيه مقدر، وهو: كلمة الصاحب، وقد صُرِّح بها في بعض ألفاظ هذا الحديث: «الولد لصاحب الفراش»، مما يدل على ثبوت نسب الولد لصاحب الفراش، وهو الزوج[٤].

قال الإمام الشافعي: إن قوله ﷺ: «الولد للفراش» له معنيان:

أحدهما: وهو أعمهما وأولاهما: أن الولد للفراش ما لم ينفه صاحب الفراش - وهو الزوج - باللعان الذي نفاه به، فإذا نفاه باللعان فهو منفي عنه، وهو مع ذلك غير لاحق بمن ادعاه بزنى وإن أشبهه.

والمعنى الثاني: إذا تنازع الولد رب الفراش والعاهر، فالولد لصاحب الفراش[٥].

---

(١) سبق تخريجه وانظر: طرح التثريب ١٢٣/٧ - ١٢٤.

(٢) شرح صحيح البخاري لابن بطال ٣٦٨/٨.

(٣) انظر: طرح التثريب ١٢٧/٧، نقلا عن ابن دقيق العيد.

(٤) انظر: زاد المعاد ٣٦٨/٥، المحلى ٣٠٢/٩.

(٥) انظر: الأم ٦٥٩/٨، فتح الباري ٣٦/١٢.

فمتى تم عقد الزواج استتبع ثبوت النسب دون حاجة إلى دليل آخر بشرط أن يمكن إلحاقه به شرعًا وعادة بأن يكون صاحب الفراش ممن يمكن أن يولد له، و أن تأتي به لستة أشهر فأكثر، سواء أكان النكاح صحيحًا أو فاسدا، وسواء أكان هذا الولد موافقا له في الشبه أو مخالفا له[1] كما أن الولد المخلوق على الفراش، سواء من ماء صاحب الفراش أو من ماء غيره، يثبت نسبه من صاحب الفراش إلا أن ينفيه عن نفسه[2].

وقد اتفق الفقهاء على العمل بهذا الضابط في الجملة[3] إلا أنهم تنوعت أنظارهم فيما تصير به المرأة فراشا للرجل: هل تصير فراشًا بمجرد وقوع العقد بين الزوجين، أو لا بد من إمكان وقوع الوطء بينهما؟ ولهم في هذا ثلاثة مذاهب[4]:

١- فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه يكتفى في صيرورة المرأة فراشًا بإمكان الوطء بين الزوج والزوجة، سواء كان النكاح صحيحا أو فاسدا، فلو أن الزوج طلق زوجته عقب العقد من غير إمكان وقوع الوطء بينهما، فولدت الزوجة ولدا لستة أشهر من العقد، فإن هذا الولد لا يلحق الزوج عند الجمهور[5].

٢- وذهب الحنفية إلى أنه يكتفى في ذلك بمجرد عقد النكاح بينهما، وقالوا: إن مجرد المَظِنَّة في حصول الولد كافية في ثبوت النسب، إقامةً للعقد

---

(١) انظر: عون المعبود ٣٦٦/٦، ٣٦٧.

(٢) انظر: التجريد للقدوري ٥٢٧٢/١٠.

(٣) انظر: الحجة لمحمد بن الحسن الشيباني ١٠٩/٤، منح الجليل ٤٩٥/٦، الأم ٦٥٩/٨، الكافي لابن قدامة ٢٩٢/٣، المحلى ٣٠٢/٩، السيل الجرار ٣٢٩/٢، ٣٣٢، قواعد الإمامية ٥٥٣/٣، منهج الطالبين للرستاقي ١٣٣/٨.

(٤) انظر: زاد المعاد ٣٧٢/٥.

(٥) انظر: روضة الطالبين ١٠٣/١٢.

مكان الوطء؛ لأن النسب مما يحتال لإثباته بما أمكن، ولو توهمًا، عملاً بنص هذا الحديث[١] ورَدَّ الجمهور هذا الاستدلال بمنع حصول المظنة بمجرد العقد، بل لا بد من إمكان الوطء[٢].

٣- وذهب ابن تيمية إلى أنه لا بد من معرفة الدخول المحقق، قال: وإليه أشار أحمد في إحدى الروايات - وهي رواية حرب، ورجح هذا القول ابن القيم قائلاً: «وهذا هو الصحيح المجزوم به، وإلا فكيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الزوج ولم يبن بها لمجرد إمكان بعيد؟ وهل يعد أهل العرف واللغة المرأة فراشا قبل البناء بها؟ وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب بمن لم يبْنِ بامرأته ولا دخل بها ولا اجتمع بها بمجرد إمكان ذلك؟ وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة، فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق وبالله التوفيق وهذا الذي نص عليه في رواية حرب هو الذي تقتضيه قواعده وأصول مذهبه، والله أعلم»[٣].

وقد أجاب جمهور الفقهاء عن هذا الاستدلال بأن معرفة الوطء المحقق متعسرة، فاعتبارها يؤدي إلى بطلان كثير من الأنساب وهو يحتاط فيها، واعتبار مجرد الإمكان يناسب ذلك الاحتياط.

ومجمل القول إنه لابد في ثبوت نسب الولد أن تأتي المرأة به بعد مضي أقل مدة الحمل من وقت إمكان الوطء عند الجمهور، أو العقد عند أبي حنيفة، أو معرفة الوطء المحقق عند ابن تيمية، فلو جاءت به قبل مضي أقل مدة الحمل - ستة أشهر حصل القطع بأن الولد من قبل فلا يلحق به إجماعًا[٤].

---

(١) انظر: الدار المختار، حاشية ابن عابدين ٣/٤١٣.

(٢) انظر: التجريد للقدوري ٩/٤٧٦٠.

(٣) زاد المعاد ٥/٣٧٢.

(٤) انظر: نيل الأوطار ٦/٣٣١- ٣٣٢، المقارنات التشريعية لعبد الله حسين ١/٢١٣.

ومما يفيده هذا الضابط أن الأولاد من زواج فاسد يلحقون بأبيهم وتكون نتائج هذا الزواج كنتائج الزواج الصحيح[(١)].

وأما قوله ﷺ: «وللعاهر الحجر»، فالعاهر: الزاني، والمعنى في قوله: «له الحجر» يعني: الخيبة، أي: لا شيء له في الولد، والعرب تقول: له الحجر، وبفيه التراب، يريدون ليس له إلا الخيبة، وقيل: المراد بالحجر أنه يرجم بالحجارة إذا زنى، ولكنه لا يرجم بالحجارة كل زان بل الذي يرجم بالحجارة الزاني المحصن فقط[(٢)].

وتجدر الإشارة إلى أن الوطء بالشبهة أيضًا يثبت به النسب عند عامة الفقهاء، استثناءً من هذا الضابط؛ إذ الوطء بالشبهة لا يكون فيه الفراش لا صحيحًا ولا فاسدًا؛ لأن «النسب يحتاط لإثباته» فكان من مقتضيات ذلك إثباته بالنكاح الفاسد و بالوطء بشبهة[(٣)].

أدلة الضابط :

عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في غلام فقال سعد هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إليّ أنه ابنه انظر إلى شبهه وقال عبد بن زمعة هذا أخي يا رسول الله؛ ولد على فراش أبي من وليدته فنظر رسول الله ﷺ إلى شبهه فرأى شبها بينا بعتبة، فقال: «هو لك يا عبد؛ الولد للفراش وللعاهر الحجر واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة » قالت فلم ير سودة قط[(٤)].

---

(١) انظر: المقارنات التشريعية ١/٢١٣.

(٢) انظر: نيل الأوطار ٦/٣٣١- ٣٣٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع ٦/٢٤٤، شرح الخرشي على مختصر خليل ٤/١٧٤، شرح ميارة ١/٢٧٥، البيان للعمراني ٩/١٥٦، ٤٥٨، المغنـي ٨/٩٨، الإنصاف ٩/٢٦٨، الموسوعة الفقهية الكويتية ٤٠/٢٣٦.

(٤) سبق تخريجه.

تطبيقات الضابط :

١- لو تزوج امرأة ثم طلقها فجاءت بولد لستة أشهر من وقت النكاح يثبت النسب؛ لقوله ﷺ: «الولد للفراش»[١].

٢- من طلق امرأته ثلاثًا ووطأها يعتقد أنه لم يقع به الطلاق، فولدت له ولدا فإنه يلحقه النسب ويتوارثان بالاتفاق[٢].

٣- إن تزوجت المطلقة قبل أن تحيض حيضة فأتت بولد لحق بالزوج الأول؛ لأن الولد للفراش[٣].

٤- ولد المرأة الملاعنة يثبت لزوجها بالفراش، ولا ينتفي عنه إلا بنفيه[٤].

٥- المسلم الجاهل لو تزوج امرأة في عدتها، ووطئها يعتقدها زوجة، كان ولده منها، يلحقه نسبه ويرثه باتفاق المسلمين؛ فإن «ثبوت النسب» لا يفتقر إلى صحة النكاح في نفس الأمر؛ بل الولد للفراش، كما قال النبي ﷺ[٥].

٦- إذا تزوج الصغير - وكان ممن يولد لمثله - فأتت زوجته بولد لستة أشهر فصاعدا، بعد إمكان اجتماعهما على الوطء، لحقه نسبه في الظاهر[٦].

٧- من رميت بالزنى فأقرت ثم ولدت ولدا، فطلقها زوجها، فإن هذا الولد يلحق بالزوج، إلا أن يلاعن زوجته[٧].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٣/٣٣٢، ٤/١٩٩.
(٢) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٤/١١٨ط دار الكتب العلمية.
(٣) انظر: منح الجليل ٦/٤٩٥.
(٤) انظر: المغني ١١/١٦٣ط دار عالم الكتب/الرياض، زاد المعاد ٥/٣٤٢.
(٥) انظر: الفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣/٣٢٥- ٣٢٦.
(٦) انظر: الكافي لابن قدامة ٣/٢٩٢.
(٧) انظر: الفروع ٥/٥١٤.

٨- لو أن أحدا لا يعرف له أب، فسأل رجلا أن ينسبه إلى نفسه ورضي ذلك الرجل، لم يجز أن يكون له هذا المجهول ابنا أبدا؛ لقول رسول الله ﷺ: «الولد للفراش»[(١)].

٩- لو أقرت امرأة ذات زوج بولد وشهدت بذلك القَابِلة[(٢)] أو صدقها زوجها، فإن هذا الإقرار مقبول؛ لأن قول القابلة حجة في تعيين الولد، والنسب يثبت بالفراش؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش»[(٣)].

١٠- إذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنا من فلان، لا يثبت النسب منه، ويثبت من الزوج؛ لأن الولد للفراش[(٤)].

علاء إبراهيم عبد الرحيم

* * *

---

(١) انظر: السنن الكبرى للبيهقي ١٠/٢٩٥.

(٢) القابلة: هي التي تقوم بتوليد النساء، سميت بذلك لمقابلتها المولود عند خروجه انظر: شرح الخرشي على مختصر خليل ٤/١٨٥، حاشية البجيرمي على الإقناع ٤/٤٩٢.

(٣) انظر: تبيين الحقائق ٥/٤٦٢، بدائع الصنائع ٢/٤٢٥.

(٤) بدائع الصنائع ٦/٣٤٣.

رقم القاعدة/ الضابط: ١٥٤٤

نص الضابط: النَّسَبُ لَا يَتَبَعَّضُ[١].

صيغ أخرى للضابط :

١- النسب لا يتبعض بحال[٢].

٢- النسب لا يتجزأ بحال[٣].

٣- النسب لا يتجزأ[٤].

٤- النسب لا يقبل الاشتراك[٥].

صيغ ذات علاقة :

١- النسب تتبعض أحكامه[٦]. (مخالف).

٢- النسب لا يثبت بالظن[٧]. (مكمل).

---

(١) فتاوى ابن السبكي ١/٣٨٤، المغني لابن قدامة ٥/١١٥، الفروع ٢/٥٢٨، إعلاء السنن للعثماني ٥/٤٩٦.

(٢) وبل الغمام للشوكاني ٢/٣٠١.

(٣) المبسوط للسرخسي ٨/١٠٥.

(٤) بدائع الصنائع ٤/١١٨، رد المحتار لابن عابدين ٢/٣٦١، كشف الحقائق لعبد الحكيم ١/٢٥٤.

(٥) انظر: شرح المجلة للأتاسي ٥/٤٤١.

(٦) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٢/١٣٦، ١٣٩.

(٧) شرح مختصر خليل للزرقاني ٦/١١١.

٣- صحة الفراش توجب حقيقة النسب[١]. (مكمل).

٤- النسب يحتاط في إثباته[٢]. (العموم والخصوص).

شرح الضابط :

التبعيض : مصدر بعَّض الشيء تبعيضا، إذا فرَّقه أجزاء[٣]، وبَعْضُ كل شيء: طائفة منه، والجمع أبعاض[٤].

والضابط يُعَدُّ أصلا لما يثبت به النسب عند التنازع، سواء ثبت بالبينة أو الإقرار أو القرينة أو القافة أو غير ذلك من الوسائل المستجدة الموثوق من صحتها (البصمة الوراثية).

والمعنى فيه : أن النسب ـ الذي أمر الشارع بحفظه، بل جعل حفظه ضرورة من كبريات الضرورات ومقصدا من أكبر المقاصد حتى كان يحتاط فيه وفي سبيله الذي هو النكاح ما لا يحتاط في غير ذلك ـ فإنه لا يصح أن يتجزأ أو يتبعض أو يقبل الشركة، لما يرجع على المقصد من الفساد عند اختلاط الأنساب وتفرقها واشتباهها، خروجا من الشك إلى اليقين.

فالشارع متشوف للحوق النسب، انطلاقا من ضرورة حفظه.

ولتوضيح معنى تبعيض النسب نضرب المثال التالي: أحدُ الوارثيْن إذا أقرَّ بوارث ثالث، مشارك لهما في الميراث وأنكر الآخر، لم يثبت النسب بالإجماع؛ لأن النسب لا يتبعض، فلا يمكن إثباته في حق المقرِّ دون المنكر،

---

(١) فتح الغفار لابن نجيم ٣/٥٠، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "الولد للفراش".

(٢) الجوهرة النيرة للعبادي ٢/٢٠، وانظره في قسم الضوابط الفقهية بلفظ: "النسب يحتاط في إثباته لا في نفيه".

(٣) انظر: الصحاح للجوهري ٣/١٠٦٦، لسان العرب لابن منظور ٧/١١٩.

(٤) انظر: لسان العرب ٧/١١٩، القاموس المحيط للفيروز آبادي ص٨٢٢.

ولا يمكن إثباته في حقهما؛ لأن أحدهما منكر، ولم توجد شهادة يثبت بها النسب[١]، فاتضح من ذلك أن النسب كالعضو الواحد الذي لا يقبل التجزئة؛ فلا يمكن أن يثبت من وجه دون وجه آخر بل لابد لإثباته من بينة أو إقرار من الأب، وإن كان إقرار المقر يوجب مشاركة المقر له في نصيبه من الإرث على ما يقتضيه الحساب في مسائل «الإقرار والإنكار في المواريث».

أدلة الضابط :

عن عروة بن الزبير، عن عائشة رضي الله عنها زوج النبي ﷺ أنها قالت: كان عتبة بن أبي وقاص عهد إلى أخيه سعد بن أبي وقاص إن ابن وليدة زمعة مني، فاقبضه إليك فلما كان عام الفتح أخذه سعد فقال: ابن أخي قد كان عهد إلي فيه فقام عبد بن زمعة فقال: أخي وابن أمة أبي، ولد على فراشه فتساوقا إلى رسول الله ﷺ فقال سعد: يا رسول الله ابن أخي كان عهد إلي فيه فقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي وقال رسول الله ﷺ: «هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش، وللعاهر الحجر ثم قال لسودة بنت زمعة: احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله»[٢].

وجه الدلالة من الحديث: أن النسب لا يتبعض بحال وإن تبعضت أحكامه؛ لأنه ﷺ قضى في هذا: أن الولد لعبد بن زمعة دون سعد بن أبي وقاص وإن كان كل منهما يدعيه بلا بينة، فحكم عليه الصلاة والسلام بعلمه أو بقرينة الفراش التي هي أقرب إلى الحقيقة من دعوى لا قرينة تؤيدها، خصوصا أن الحافظ بن حجر ذكر رواية أخرى في الفتح قطعت أي افتراض غير هذا،

---

(١) المغني لابن قدامة ١١٥/٥.

(٢) رواه البخاري ٨١/٣ (٢٢١٨) وفي مواضع أخر، ومسلم ١٠٨٠/٢ (١٤٥٧) من حديث عائشة رضي الله عنها.

والرواية هي «هو أخوك يا عبد بن زمعة»[١]، فأثبت أخوته له ولم يثبت قرابة سعد منه، رغم قوة شبه الولد بعتبة، فدل الأمر على امتناع تبعيض النسب.

تطبيقات الضابط :

١- إذا أقرَّ أحد الورثة بوارث ثالث مشارك لهما في الميراث، لم يثبت النسب بالإجماع؛ لأن النسب لا يتبعض، فلا يمكن إثباته في حق المقر دون المنكر، ولا يمكن إثباته في حقهما؛ لأن أحدهما منكر، ولم توجد شهادة يثبت بها النسب[٢].

٢- لو أن جارية بين اثنين علقت في ملكهما فجاءت بولد فادعاه أحدهما، يثبت نسبه منه وتصير الجارية كلها أم ولد له بالضمان، وهو نصف قيمتها، يدفعها لشريكه، ولا يضمن من قيمة الولد شيئا أما ثبوت النسب فلحصول الوطء في محلٍّ له فيه ملك؛ لأن ذلك القدر من الملك وهو النصف أوجب ثبوت النسب بقدره، والنسب لا يتجزأ، وإذا ثبت في بعضه ثبت في كله لضرورة عدم التجزؤ[٣].

٣- لو ادعى الولدَ رجلان ولم توجد بينة لأحدهما أو تعادلت بينتاهما، دعي أهل القافة، فأيهما ألحقته القافة به فهو له، وإن ألحقته القافة بهما معا، فقد اختلف العلماء في إلحاقه بهما معا بحيث يثبت نسبه ونفقته وزكاة فطره منهما معا؛ لأن النسب لا يتبعض، أو عدم إلحاقه بأي واحد منهما[٤].

---

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر أثناء شرح الحديث (٣٩٦٤).

(٢) انظر: المبسوط للسرخسي٣٠/١١٣، المنتقى شرح الموطأ للباجي ٦/١٨، نهاية المحتاج ٥/١١٥، المغني لابن قدامة ٥/١١٥، البحر الزخار ٦/٣٦٤، شرائع الإسلام ٣/١٢٥.

(٣) بدائع الصنائع ٤/١٢٥.

(٤) انظر: بدائع الصنائع ٦/٢٥٢، تبصرة الحكام لابن فرحون ٢/١١٥، الأم للشافعي ٧/١٣٨، الفروع لابن مفلح ٢/٥٢٧- ٥٢٨، المحلى لابن حزم ٩/٣٣٩، البحر الزخار ٤/١٤٧.

من التطبيقات المعاصرة :

لو ادعى اثنان ولدًا وحصل في البينات ما حصل في المثال السابق فهل يحكم في إثبات نسبه من واحد منهما أو منهما معا عن طريق الفحص الطبي (تحليل فصيلة الدم، والبصمة الوراثية) كما حصل ذلك في القيافة أم لا؟

هذا محل دراسة وبحوث علمية معاصرة في المجامع الفقهية الإسلامية، وللعلماء في ذلك آراء واجتهادات ما زالت تحتاج إلى البت في حكمها.

ومقتضى القياس أن حكمه مماثل لحكم التطبيق الثالث الذي قبله.

الحسين أحمد درويش

* * *

فهرس المجلد الثالث والعشرون



